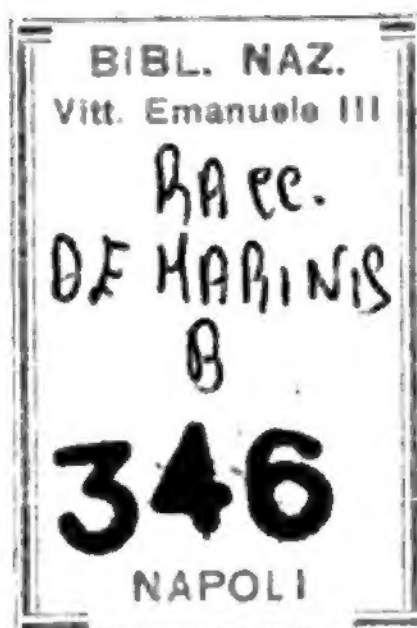




TOULOUSE. — IMPRIMERIE A. CHAUVIN ET FILS. RUE MIREPOIX, 3.

LE DROIT
DES
OBLIGATIONS

PAR

M. DE SAVIGNY

Professeur à l'université de Berlin, membre de l'Institut
de France

TRADUIT DE L'ALLEMAND ET ACCOMPAGNÉ DE NOTES

PAR MM.

C. GÉRARDIN

Professeur à la Faculté de droit
de Paris.

Paul JOZON

Député à l'Assemblée nationale,
avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation.

DEUXIÈME ÉDITION

Revue, corrigée et augmentée.

TOME PREMIER.



PARIS

ERNEST THORIN, ÉDITEUR

7, RUE DE MÉDICIS, 7

1873

PRÉFACE DES TRADUCTEURS.

Lorsque nous avons publié, en 1863, la traduction du *Droit des obligations*, nous ne comptions point, nous l'avouons, que cette traduction dût avoir une seconde édition. Ce résultat inespéré nous montre que nous ne nous étions point trompés en considérant le dernier traité qu'ait écrit M. de Savigny comme une production de la plus grande valeur. Le *Droit des obligations*, dont le dernier volume a paru en 1853, au moment même où la maladie qui devait enlever M. de Savigny le contraignait à renoncer désormais à tout travail, clôt dignement la série d'œuvres remarquables inaugurées un demi-siècle auparavant, en 1803, par le *Droit de la possession*.

La vie de M. de Savigny a été en effet aussi longue que bien remplie. Né en 1779, à Francfort-sur-le-Mein, il fit ses études à l'université de Marbourg, fut reçu docteur en droit en 1801, et ne tarda pas à ouvrir des cours particuliers, dont le succès croissant le fit nommer, en 1808, professeur à l'université de

Landshut. En 1810, lors de la création de l'université de Berlin, il fut appelé à y siéger et y occupa bientôt la première place. Ses leçons et ses ouvrages étendirent sa renommée en Prusse et dans toute l'Europe, et les honneurs et les dignités ne lui manquèrent pas. Nous nous bornerons à dire qu'il était membre correspondant de l'Institut de France (Académie des sciences morales et politiques), et qu'il fut ministre d'Etat et de justice du royaume de Prusse, de 1842 à 1848.

A cette époque, ses opinions, éminemment conservatrices, le contraignirent à donner sa démission. Il rentra dans la vie privée, et se livra de nouveau entièrement à l'étude du droit. Il est mort en 1861.

M. de Savigny est certainement un des plus grands jurisconsultes de notre époque. Il réunit en lui, à un degré qu'il n'a été donné à aucun auteur moderne d'atteindre, l'érudition patiente, la connaissance approfondie des textes, l'esprit de généralisation, et, par-dessus tout, la science historique. Marchant sur les traces de Cujas, et profitant de l'avantage que lui donnaient sur ce dernier les lumières nouvelles, fruits des progrès de la science, il prend toujours l'histoire pour guide; c'est à elle qu'il demande l'interprétation des textes obscurs ou interpolés, la conciliation de ceux qui paraissent se contredire, l'explication de ceux qui renferment des dispositions contraires au droit de Justinien. Grâce à ces qualités, grâce aussi à une opiniâtreté d'étude extraordinaire, il suffisait à M. de Savigny de quelques décisions mutilées et incom-

plètes, pour en faire sortir toute une théorie inaperçue avant lui, comme il suffisait à Cuvier de quelques os d'un monstre antédiluvien pour reconstituer l'animal tout entier. C'est à ce travail de réédification du droit romain qu'a été consacrée la carrière de M. de Savigny.

Après le *Droit de la possession* (1803), il publia, en 1815, le premier volume de son *Histoire du droit romain au moyen âge*, et révéla au monde savant l'influence persistante et jusqu'alors peu connue du droit romain au milieu des siècles les plus barbares. Le dernier volume parut en 1851. Cependant, en 1840, il avait entrepris son grand ouvrage intitulé : *Système du droit romain actuel*, ouvrage à la fois théorique et pratique ; car on sait que le droit romain est encore le droit commun de l'Allemagne. Il voulait y déposer tous les trésors de science qu'il avait accumulés, et il se proposait de parcourir, après cette introduction générale, le cercle entier des institutions juridiques romaines. Il ne tarda pas à s'apercevoir que l'accomplissement de cette tâche aurait exigé plusieurs vies d'homme, et dut se restreindre, à regret, aux parties du droit dont l'étude offrait le plus d'attrait à sa vive intelligence. Intervertissant l'ordre qu'il s'était d'abord fixé, il attaqua en premier lieu le droit des obligations, avec l'espoir de terminer au moins ce traité. Mais, encore retardé par ses occupations politiques, il ne put même en achever la partie générale, et ne traita que deux des quatre divisions dont il s'était proposé l'examen.

On doit d'autant plus regretter qu'il n'ait pas traité les deux dernières, que jamais M. de Savigny ne s'était montré plus grand écrivain, ni jurisconsulte plus accompli, que dans les deux volumes qu'il a publiés. Les romanistes français, MM. Pellat et Demangeat à leur tête, n'hésitent pas à placer le *Droit des obligations* au premier rang des œuvres de M. de Savigny.

En aucun autre écrit, l'auteur n'a fait preuve de plus d'élévation d'idées, de plus de science, de plus de sagacité. Les différentes théories des *obligations naturelles, solidaires, indivisibles*, de l'*argent*, de la *représentation*, des *titres au porteur*, de la *nature des délits*, y sont successivement étudiées par lui avec la même profondeur, la même érudition pénétrante, la même lucidité et la même intelligence des textes, dont quelques-uns, ceux, par exemple, qui concernent l'indivisibilité, étaient si souvent cités sans être compris, et quelquefois à l'appui d'une doctrine directement opposée à celle qu'ils sanctionnaient. Il était réservé à M. de Savigny de leur restituer leur véritable sens, et de porter en même temps la conviction dans l'esprit du lecteur, par sa démonstration toujours vive et incisive.

Il nous reste à ajouter quelques mots sur la manière dont nous avons compris notre rôle de traducteurs.

Nous avons pensé que, dans la traduction d'un ouvrage de science, surtout d'un ouvrage aussi profond que le *Droit des obligations*, où le style, quoique fort beau, est peu de chose en comparaison de

la pensée qu'il sert à interpréter, les premières qualités à rechercher étaient l'*exactitude* et la *clarté*.

Nous nous sommes donc par-dessus tout efforcés, d'une part, de conserver le sens précis et même, autant que possible, l'ordre et la place de chaque idée dans la phrase. Nous ne nous sommes résignés à intervertir cet ordre qu'autant que l'élégance du style l'exigeait impérieusement. Lorsqu'une expression allemande n'avait pas d'équivalent en français, nous avons, suivant les cas, commenté en note notre traduction par à peu près, ou bien nous avons laissé le mot allemand, en l'expliquant par une paraphrase placée en note ou entre parenthèses.

D'autre part, nous n'avons pas oublié que nous nous adressions à des lecteurs français, peu habitués aux tournures passives et aux formes abstraites qu'affectionne la langue allemande. Nous avons dû y substituer fréquemment, pour plus de netteté, des tournures actives et des idées concrètes, conformes au génie de notre langue, et nous avons cherché à profiter des ressources qu'elle offre à l'écrivain pour rendre plus saisissable et mieux faire ressortir la pensée, quelquefois un peu obscure, de M. de Savigny.

C'est là la tâche que nous nous sommes plus spécialement imposée dans les remaniements que nous avons fait subir à notre première édition.

Les citations, si précieuses pour se reporter, dans l'étude complète d'une question, aux différents auteurs qui l'ont traitée, ont été l'objet de nos soins particuliers. Nous avons reproduit le titre original des ou-

vrages allemands, en le faisant suivre, quand il ne se comprenait pas de lui-même, de la traduction française. Nous n'avons substitué le titre français au titre allemand que pour les renvois fréquents que fait l'auteur à son *Système du droit romain actuel* et au *Droit des obligations*. Tous ces renvois ont été vérifiés, et nous avons joint au numéro de la page de l'original, quand il était indiqué, le numéro de la page correspondante de la traduction française, à savoir : celle de M. Guénoux, pour le *Système*, et la nôtre, pour le *Droit des obligations*.

Les notes qui émanent de l'auteur sont indiquées par des lettres ; celles qui émanent de nous, par des chiffres. Nous en avons été sobres, et n'en avons ajouté que là où nous les avons jugées, sinon indispensables, au moins fort utiles. Ce n'est pas que nous n'ayons eu souvent des objections à faire aux doctrines de l'auteur ; mais ces objections peuvent, en général, se ramener à l'idée suivante, que nous exprimons ici une fois pour toutes, afin d'éviter les répétitions.

On sait que les savants de l'Allemagne se partagent en deux écoles : l'école historique et l'école philosophique. Dans la solution à donner aux questions politiques, juridiques, économiques, ces deux écoles partent de principes opposés : l'une fait plus de cas de la tradition et des antécédents d'une nation ; l'autre, des données philosophiques et des théories spéculatives amenées par les progrès de la science pure. M. de Savigny, bien qu'il ne fût pas l'adversaire dé-

claré de l'école philosophique, inclinait évidemment vers les idées de l'école historique, dont les adhérents le reconnaissaient même comme le chef. Son amour de l'antiquité, dans l'étude de laquelle il avait toujours vécu, joint à ses opinions politiques peu libérales, lui inspiraient pour toute innovation une répulsion instinctive. Il jugeait spécialement dangereuses et était porté à rejeter celles dont le but consistait à donner aux particuliers plus de liberté et d'initiative, et à diminuer l'omnipotence de l'Etat et l'influence qu'il acquiert en intervenant dans les affaires privées. La lecture des chapitres qui traitent de l'argent et des titres au porteur suffira pour confirmer cette assertion. Or, ces idées ne sont pas les nôtres. L'initiative individuelle nous séduit; l'influence gouvernementale nous semble rarement désirable, et nous pensons que la prospérité matérielle, la dignité et l'élévation morale des nations ont eu et ont encore beaucoup à souffrir de l'exagération de cette influence.

Nous ne croyons cependant pas faire tort à nos aspirations en répandant les doctrines contraires de M. de Savigny. C'est un mauvais moyen de défendre une bonne cause, que de dissimuler les arguments qui peuvent lui être opposés. Rien ne sert mieux, au contraire, à prouver sa force, que de montrer qu'elle peut résister, sans en être ébranlée, à l'attaque d'adversaires aussi éminents que M. de Savigny. Quelle que soit l'opinion qu'ils adoptent, on peut être certain que la discussion y gagnera. Ce sont autant de

lumières nouvelles qui l'éclaireront. La meilleure manière de servir la science et la vérité, dont les circonstances actuelles nous montrent plus que jamais la nécessité, est de multiplier autant que possible ces lumières, et de ne pas dédaigner de les chercher même chez nos adversaires; c'est là le but que nous avons poursuivi.

PRÉFACE DE L'AUTEUR

Je me suis déjà expliqué sur le plan de l'ouvrage que je commence aujourd'hui, dans la préface placée en tête des huit volumes de mon *Système¹ du droit romain actuel* (p. VII-IX). Cet ouvrage diffère, par son titre, de ce système en huit volumes; mais, en fait, c'en est la suite, de sorte que le *Système* renferme la partie générale tout entière, tandis que l'ouvrage actuel commence la partie spéciale.

Les théories exposées dans le dernier chapitre (de l'Argent), qui est en même temps le plus étendu du présent tome², se distinguent de la méthode que j'ai suivie jusqu'à ce jour, en ce que,

¹ Nous croyons, pour plus de clarté et d'exactitude, devoir traduire par : *Système*, le mot allemand : *System*, auquel M. Guénoux a substitué le mot : *Traité*. M. Pellat, et les autres auteurs qui citent M. de Savigny, emploient également le mot : *Système*.

² Nous avons reporté ce chapitre au commencement du tome second.

dans ce chapitre, les principes généraux du droit romain sont sans doute mis en application, mais que, dans la recherche de questions spéciales et très-controversées, les sources de ce droit ne sont mentionnées qu'incidemment et accessoirement.

En revanche, il était indispensable pour cette étude d'entrer dans l'examen de faits et de relations qui excèdent les bornes de la science du droit, mais sans lesquels les règles juridiques qui y sont développées ne pouvaient ni être comprises, ni porter la conviction dans l'esprit du lecteur.

Comme, sur ce terrain, je me sentais transporté hors du domaine du droit, j'ai cru devoir profiter des conseils et de l'instruction d'un profond connaisseur en cette matière. Ce secours m'a été fourni de la manière la plus affable et la plus bienveillante par M. le contrôleur général des monnaies, Kandelhardt; aussi je saisis l'occasion de l'en remercier publiquement.

Écrit en mai 1851.

LE DROIT DES OBLIGATIONS

§ 1^{er}.

INTRODUCTION.

AUTEURS A CONSULTER SUR LE DROIT DES OBLIGATIONS.

- H. Donellus**, *Commentarii de jure civili*, Lib. 12-16.
- K. Bucher**, *das Recht der Forderungen (le Droit des Actions)*. 2^e édition. Leipsick, 1830 (1^{re}, 1815).
- G. F. Koch**, *das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach Preussischem Recht (le Droit des Actions, d'après le droit commun et le droit prussien)*. Breslau, t. 1-3. 1836, 1840, 1843 (t. 1, 2 de la partie gén.). Y joindre, du même auteur : *Lehrbuch des preussischen Rechts (Traité de droit prussien)*, t. 2, Berlin, 1846.
- Unterholzner**, *Lehre des R. R. von den Schuldverhältnissen (Théorie du droit romain sur les rapports d'obligation)*, t. 1, 2, Leipsick, 1840 (t. 1 de la partie gén.).
- Puchta**, *Pandekten*. 4^e édition. Leipsick, 1848, § 218-410.
- *Vorlesungen (Cours publics)*. 2^e édition, t. 2. Leipsick, 1849, § 218-240.
- *Cursus der Institutionen*, t. 3. Leipsick, 1847, § 258-280.
- Vangerow**, *Pandekten*, t. 3. Dernière édition. Marbourg et Leipsick, 1850.

J'ai fait valoir en un autre endroit la nécessité qui se présente, pour l'ensemble du système du droit, de séparer des doctrines spéciales, une partie générale qui doit leur servir de base commune (a). Une nécessité analogue se représente en particulier dans chacune des grandes théories du système : ainsi, dans le droit des obligations, le droit des choses, le droit de la famille, le droit des successions. Mais il y a une raison spéciale pour donner plus d'importance à cette partie générale dans le droit des obligations, et elle y revendique une place plus considérable que dans les autres grandes théories dont nous venons de parler.

Le droit des choses est limité à un petit nombre d'institutions juridiques, dominées chacune par des règles spéciales, qui ne laissent que peu de place à des théories générales. Dans une situation analogue se trouvent le droit de la famille et le droit des successions ; en sorte que, dans toutes ces institutions, la formation du droit par la libre volonté des parties est renfermée dans d'étroites limites.

Autre est la nature du droit des obligations. Les obligations isolées, qui en forment la partie spéciale, sont d'abord infiniment plus nombreuses et

(a) *Système du droit romain actuel*, t. 1, § 58.

plus variées que les institutions isolées du droit des choses et des autres grandes théories déjà indiquées. Mais ces obligations nombreuses et variées ne doivent être considérées elles-mêmes que comme des cas isolés, dont une longue expérience nous a appris à connaître la fréquence et l'importance toute spéciale. A côté d'elles, il reste toujours une large place pour la formation d'obligations nouvelles, que peuvent amener les nécessités changeantes provoquées par la succession des temps ou même par la libre volonté des parties. Ces obligations, qui sont à chaque instant susceptibles de se produire, ne sont d'abord régies que par les principes de la partie générale, et, pour répondre à ce but, ils doivent être suffisamment développés (*b*).

La partie générale du droit des obligations va donc être exposée dans les quatre chapitres suivants :

CHAPITRE 1^{er}. Nature des Obligations.

CHAPITRE 2. Sources des Obligations.

CHAPITRE 3. Extinction des Obligations.

CHAPITRE 4. Moyens juridiques contre la violation des Obligations.

(*b*) Cette nature propre de la partie générale du droit des obligations, si différente en cela des autres parties principales du sys-

tème du droit, a été démontrée par Puchta, Pandekten, § 218, et Vorlesungen (Cours publics), § 218.

CHAPITRE PREMIER

NATURE DES OBLIGATIONS

§ 2.

I. IDÉE DE L'OBLIGATION.

La nature générale de l'obligation nous amène à considérer successivement les points suivants : I. Idée de l'obligation ; II. Ses diverses espèces ; III. Personnes qui y figurent ; IV. Son objet.

L'idée de l'obligation a déjà été établie ailleurs (a) de la manière suivante : Elle consiste dans la domination sur une personne étrangère ; non pas , cependant , sur la personne tout entière (car elle aurait pour résultat l'absorption de la personnalité même), mais sur des actes isolés, qu'il faut considérer comme une restriction à sa liberté et un assujétissement à notre volonté. Le

(a) *Système*, t. 1. § 53, p. 338, 339 (p. 332, 333, trad. de M. Guenoux).

développement de cette idée doit porter, en partie sur les personnes qui figurent dans l'obligation, en partie sur les actes auxquels l'obligation s'applique.

Dans toute obligation nous trouvons deux personnes placées dans un rapport d'inégalité l'une vis-à-vis de l'autre. D'un côté nous voyons la liberté personnelle étendue au delà de ses limites naturelles, comme domination sur une personne étrangère ; de l'autre côté, nous voyons la liberté naturelle restreinte, comme un état d'assujétissement et de contrainte (b). — Nous pouvons envisager ces états opposés des personnes, parties dans l'obligation, comme deux activités distinctes, dont l'une consiste dans la prestation du débiteur et l'autre dans la coercition (l'action) que peut employer le créancier. Cependant, dans cette conception, c'est l'activité du débiteur qui doit être considérée comme le point capital, comme l'essence propre de l'obligation, et celle du créancier comme l'accessoire. Car dans l'obligation, comme dans tout rapport de droit en général, l'état normal et naturel consiste dans la reconnaissance et l'exécution volontaire du droit, tandis que la lutte

(b) L. 108 de V. S. (50, 16.) « Debitor intelligitur is, a quo invito
exigi pecunia potest. »

contre une résistance injuste (la coercition, l'action) ne peut être considérée que comme le redressement d'un état anormal (c). C'est ainsi que le caractère essentiel de la propriété consiste avant tout dans la domination illimitée et exclusive de la personne sur la chose, et c'est un simple accident, lorsque cette domination se manifeste sous la forme de la revendication exercée contre un usurpateur.

Les actes dont l'accomplissement forcé constitue l'essence de l'obligation viennent d'être indiqués comme des exceptions isolées, par opposition à l'intégralité de la liberté personnelle, et comme une restriction à la liberté propre de l'une des parties. Ces deux caractères doivent être ici l'objet d'un examen plus approfondi (d).

La qualification que nous donnons aux actes, d'actes isolés, ne doit pas être entendue en ce sens littéral que, dans tous les cas, chaque obligation doive nécessairement se restreindre à un acte unique; tout au contraire, l'obligation peut porter sur plusieurs actes isolés, voire même sur un ensemble d'actes tels qu'ils représentent

(c) Cette distinction, en vertu de laquelle l'obligation consiste essentiellement dans la prestation du débiteur, ne laisse pas de produire des conséquences pratiques importantes. Cf. *Système* T. 8,

p. 201 (p. 199, trad.).

(d) Sur la nature des actes qui sont le propre de l'obligation, Cf. *HEGEL*, *Philosophie des Rechts* (du droit), § 67. *Puchta*, *Cursus*, III. p. 2, 3. *Pandekten*, § 220.

une activité continue et collective. Encore doivent-ils toujours, dans leur rapport avec le cercle de la liberté complète du débiteur, apparaître comme un minimum ; car, c'est cette situation seule qui nous amène à concevoir l'assujétissement résultant de l'obligation, sans que la personnalité même du débiteur soit absorbée. — Or cette nature des actes susceptibles de faire l'objet de l'obligation peut être établie par deux sortes de caractères, souvent liées l'une à l'autre : d'abord par leur étendue ; car, en fait, la plupart des obligations portent sur des actes complètement isolés et transitoires, par exemple, celui de payer une somme d'argent ; ensuite par leur durée, car le plus souvent l'accomplissement de l'obligation entraîne son extinction instantanée, et dans ces deux cas il est évident que l'obligation ne saurait avoir pour but final d'assujétir la personne, mais seulement d'assurer l'exécution en provoquant son activité. Et même dans les cas plus rares où l'obligation s'applique à des actes continus d'une durée indéterminée, comme dans le mandat et la société, on a pris soin, en établissant la faculté de renonciation, de maintenir l'idée naturelle que nous nous sommes faite des actes obligatoires.

La nature que nous assignons ici à ces actes nous paraîtra plus claire encore, par la comparai-

son avec les servitudes. C'est l'obligation qui restreint la liberté naturelle de la personne ; c'est la servitude qui restreint la liberté naturelle de la propriété. Aussi, en admettant des servitudes, on les a également renfermées dans d'étroites limites, afin qu'une volonté arbitraire n'apportât pas sans motifs, à la liberté de la propriété, des restrictions dont la nécessité ne se ferait pas sentir. Ces limites consistent, en partie dans la durée du droit, comme dans les servitudes personnelles (e) ; en partie dans son étendue, restreinte de telle façon dans les servitudes prédiales, qu'elles ne sont reconnues qu'autant que leur exercice procure au propriétaire voisin un avantage découlant de son droit sur l'immeuble, et non pas un avantage purement personnel (f).

Dans ces deux cas, l'idée commune repose sur ce principe que la limitation de la liberté naturelle (de la personne ou de la liberté) ne doit être reconnue et protégée, par les institutions de droit, que dans les bornes exigées par la nécessité véritable des affaires. Par cette idée s'explique aussi la décision d'un jurisconsulte romain, que, dans les cas douteux, l'extinction de l'obligation doit

(e) L. 3 § 2. L. 56 de usufructu (7, 1). Cf. Système, t. 1, § 56, d.

(f) L. 8 pr. de serv. (8, 1). L. 4, 5, 6, de serv. pr. rust. (8, 3).

être favorisée plutôt que sa création (g). La justification de cette décision, en apparence partielle, découle d'un point de vue purement pratique ; mais elle se fonde aussi sur ce que le créancier (le demandeur), maître d'intenter l'action, a une supériorité immense sur son adversaire en ce sens qu'il est en son pouvoir d'introduire l'instance plus tôt ou plus tard, suivant qu'il y voit une utilité directe pour lui-même, et un désavantage pour son adversaire. Cette importante considération pratique a déjà été présentée sur l'institution de la prescription des actions (*Système*, t. V, p. 271) (p. 290 trad.).

Les actes obligatoires ont en outre été indiqués comme restreignant la liberté propre de l'une des parties. Examinée à ce point de vue, l'essence des obligations nous apparaît comme la transformation d'actes qui, jusque-là, devaient être considérés comme des événements futurs accidentels et incertains, en événements nécessaires et certains. Même le but définitif de l'obligation est de placer le créancier dans une position telle qu'il

(g) L. 47 de O. et A. (44, 7).
 « ...Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem ad negandum. Ubi de liberando, ex diverso, ut facilius sis ad liberationem. »
 Cf. aussi L. 125 de R. J. (50, 17).

Des applications pratiques de cette idée seront présentées en plus d'un endroit, et notamment au § 19, lorsque nous traiterons de l'acquisition des obligations par personnes étrangères.

puisse compter avec certitude sur l'arrivée de ces événements.

Mais les obligations ne comprennent que les actes qui peuvent revêtir ce caractère extérieur, et sont susceptibles d'être soumis, comme les choses, à une volonté étrangère. Cette idée suppose que ces actes doivent avoir une valeur pécuniaire, ou être susceptibles d'une estimation en argent (*h*). Supposons, par exemple, la convention entre plusieurs personnes, de s'assembler régulièrement pour se perfectionner dans la science ou dans les arts. Cette convention revêtira peut-être la forme extérieure d'un contrat, mais elle ne pourra pas donner naissance à une obligation.

L'acte, qui forme l'objet de l'obligation, est désigné par quelques autres dénominations spéciales. Nous le nommons tantôt *prestation*, tantôt *accomplissement*. La première dénomination s'applique de préférence à l'activité imposée au débiteur; la seconde, au résultat qui doit suivre l'obligation et dont la nécessité et la certitude sont considérées comme le but de cette obligation.

(*h*) *L. 9 § 2 de statu lib.* (40, 7).
 « ...ea enim in obligatione consistere, quæ pecunia lui præsta-

rique possunt... » Cf. *Système*, t. 1, § 56, p. 369, 377 (363, 372, trad.).

§ 3.

I. IDÉE (suite). EXPRESSIONS TECHNIQUES.

Le rapport de droit entre deux personnes que nous étudions ici, et dans lequel l'une d'elles nous apparaît comme assujétie (en partie), est désigné par l'expression technique romaine *obligatio* (a). Cette expression embrasse par conséquent deux états distincts l'un de l'autre, et même opposés, et il est logique de l'appliquer aussi bien à l'extension de la liberté du créancier (b), qu'à la restriction de la liberté du débiteur; pour ce dernier état, il y a une expression spéciale : *oportet*, employée régulièrement de toute antiquité (c). Ces deux états, placés l'un à côté de l'autre,

(a) *Pr. J. de oblig.* (3, 13). « *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei.* » — *L. 3 pr. de O. et A.* (44, 7). « *Obligationum substantia... in eo consistit... ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.* »

(b) *L. 1 § 1 de div. rer.* (1, 8). « *...ipsum jus successionis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis, incorporale est.* » Même langage dans le § 2 *J. de reb. incorp.* (2, 2). *L. 128 de V. O.* (45, 1). « *Suæ obligationis.* — Est également décisive, en faveur de cette terminologie, l'expression

très-fréquente : *adquirere obligationem*, qui désigne directement le droit de créance. *L. 126 § 2 de V. O.* (45, 1). *L. 46 pr. de J. dot.* (23, 3), § 4, *J. de inut. stip.* (3, 19), *rub. Inst. III*, 28.

(c) *L. 36 de reb. cred.* (12, 1). « *Obligatio tua adversus me.* » — De même l'expression *actio*, qui désigne directement l'activité du créancier, s'applique aussi à l'état (d'assujétissement) du débiteur. *L. 8 quod cujusque univ.* (3, 4), « *per actiones debitorum civitatis, agentibus satisfieri oportet.* » — L'ancienne expression technique, spécialement employée dans les

sont désignés par l'expression commune : *obligatio* (d).

En dehors de ce rapport de droit, il y a encore beaucoup d'autres cas, où nous trouvons une nécessité juridique ; mais pour eux l'expression *obligatio* n'est pas l'expression technique (e). Ainsi la nécessité de reconnaître la propriété d'autrui est l'opposé de l'*obligatio* (f) ; il en est de même de chacune des nécessités établies par la libre puissance de l'autorité publique (g) ; il en est de même enfin de la nécessité qui résulte dans un procès de

formules d'action pour indiquer la nécessité qui astreint le débiteur, est : *oportet*. L. 37 de V. S. (50, 16), L. 76 § 1, L. 89, L. 125 de V. O. (45, 1), L. 27 de noc. (46, 2), Cf. Système, t. v, § 216, g., p. 80 (p. 87, 88. trad.).

(d) § 1 J. de duob. reis (3, 16). « ...In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem et omnes liberat. »

(e) Je ne veux cependant pas absolument soutenir qu'il n'y ait jamais aucune exception à cette règle. Ainsi, Ulpien dit, dans la L. 3 pr. de cens. (50, 15) : « ...usque ad sexagesimum quintum annum tributo capitis obligantur. » Or, l'impôt n'est point, à proprement parler, une *obligatio* ; c'est une charge publique. Cependant chaque cote exigible peut être considérée comme une *obligatio* envers le fisc. Cf. aussi plus bas, note k, vers la fin.

(f) § 1 J. de act. (4, 6). « ...Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est... aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus

est... quo casu proditæ actiones in rem sunt : veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet... »

(g) L. 7 de ann. leg. (33, 1). « ...In testamentis quædam scribuntur, quæ ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt... Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est : sed interventu judicis hæc omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perducî. » *Judex* est choisi ici à dessein comme représentation abstraite de l'autorité. Quelquefois c'était le préteur, comme dans l'exemple cité dans le texte, lorsque le testateur a réglé l'éducation de ses enfants ; dans d'autres cas, c'était l'empereur ou les pontifices, lorsque la disposition portait sur l'érection d'un monument. L. 50 § 1 de her. pet. (5, 3). Cf. Majans ad xxx lc. fragm., t. 1, p. 338. — Dans tous ces cas, l'autorité jouissait de la plus complète liberté d'interposer ou non sa puissance.

la libre décision du juge, sans que, pour y contraindre le débiteur, le créancier ait eu un droit d'action (h).

L'expression romaine indiquée concorde parfaitement avec les idées juridiques elles-mêmes. Il est d'autant plus important de la comprendre et de la saisir bien exactement, que, depuis longtemps, une théorie très-différente, que nous allons exposer, avait obtenu une grande vogue. Voici les idées fondamentales sur lesquelles repose cette théorie. D'un côté figure le droit d'une personne, en tant que pouvoir ou domination reconnue, digne de protection, sans distinguer entre ses différents objets et ses sources. En opposition à ce droit figure le devoir, appelé aussi bien engagement ou lien, en tant que nécessité imposée à une ou plusieurs personnes de respecter ce droit, et de ne pas le violer. Le droit s'appelle *jus*, le devoir *obligatio*. Ainsi correspond au *jus* du créancier l'*obligatio* du débiteur; de même qu'au *jus* du propriétaire correspond l'*obligatio* de tous les autres hommes de respecter sa propriété.

Cette théorie est erronée et blâmable par deux

(h) L. 49 § 1 de act. emt. (19, 1).
 « Cum hæ (usuræ) non sint in
 obligatione, sed officio judicis
 præstentur. » L. 54 pr. loc. (19, 2),
 L. 58 pr. ad Sc. Treb. (36, 1). —

Dans ce même sens, la *judicis
 potestas* a été ailleurs opposée à
 la *juris necessitas* L. 40 pr. de
 jud. (5, 1).

raisons différentes : d'abord en ce que l'analogie et la différence naturelle des idées juridiques en sont obscurcies ; en second lieu, l'emploi de l'expression romaine *obligatio*, dans un sens complètement étranger aux Romains, nous enlève l'exacte conception des décisions de nos sources de droit (i). Le véritable sens de cette expression a été d'une part trop restreint, en ce qu'on ne veut l'appliquer qu'à l'état de l'obligé, et non à celui du créancier, c'est-à-dire à l'ensemble de la relation entre ces deux personnes ; d'autre part, on lui a donné une trop grande extension, en ce qu'on a dû la transformer hors des institutions du droit des obligations (dans le sens que nous lui avons assigné plus haut), pour l'employer dans toutes les autres parties du droit privé : par exemple, dans le droit des choses, voire même hors des limites du droit privé ; car on en est venu à dire : une *obligatio* d'un particulier envers l'Etat.

L'expression : *obligatio*, telle que nous venons de l'expliquer, a pour principe l'image d'un lien ;

(i) Hugo a mis un grand zèle dans plusieurs de ses écrits à combattre cette erreur ; il l'a particulièrement fait d'une manière détaillée dans le *civilitischen Magazin* (Magasin de droit civil), t. 3, n° xx. — On ne pouvait pas manquer de voir la théorie et la terminologie que nous venons de

critiquer trouver accès dans les œuvres législatives modernes, qui ont pris naissance au moment où elle dominait, par exemple dans le *Preussische Landrecht* (droit national prussien). Koch traite ce point en détail dans ses *Forderungen* (Droits de créance), 1, § 2.

c'est pourquoi elle a été choisie pour mettre en lumière l'état d'une volonté assujétie ou enchaînée. Elle correspond à une série d'expressions techniques analogues qu'on emploie tantôt sous la forme de verbe, tantôt sous celle de substantif : *nectere* et *nexum*, *contrahere* et *contractus*, *solvere* et *solutio*.

On peut encore citer les expressions suivantes comme ayant une grande affinité avec le mot *obligatio*. Il faut y comprendre d'abord la source de ce rapport de droit, c'est-à-dire l'acte obligatoire (k). — L'engagement d'une chose s'appelle encore *obligatio*, parce que la chose est grevée d'un rapport semblable à celui qui astreint le débiteur dans l'*obligatio* proprement dite (l).

L'état spécial des deux personnes qui figurent l'une vis-à-vis de l'autre dans l'obligation est désigné par les expressions *creditor* et *debitor*, *creditum* et *debitum*; et il est certain que ces ex-

(k) L. 1 § 21 de tut. et rat. distr. (27, 3). « In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat. » De même dans les expressions : *verborum*, *litterarum obligatio*. — Pareillement dans la L. 22 C. de agric. (11, 47). « Tunc ex utroque genere obligationis, id est, tam scripturae, quam confessionis, vel depositionis, talem eum esse credendum, qualem se et scripsit, et inter acta deposuit. » D'ailleurs, le rapport qui

lie le colon au maître n'est pas une obligation dans le sens strict; mais aussi la citation appartient au temps de Justinien.

(l) Ainsi déjà dans l'expression : *obligatio praediorum*, du temps de Trajan, et dans beaucoup de passages des anciens jurisconsultes; de même aussi *nectere pignori*, par exemple, dans la L. 52 § 2 de pactis (2, 14), L. 27 de pign. act. (13, 7).

pressions techniques doivent être admises d'une manière générale, sans distinguer l'origine de l'obligation (*m*). Cependant l'emploi général de ces expressions appartient surtout à l'époque du développement le plus complet du droit romain, car dans l'origine elles étaient restreintes au prêt (*n*). *Reus* est l'expression commune pour désigner les deux parties (*o*).

§ 4.

IDÉE (suite). ANALOGIES.

Nous avons déjà, dans un autre endroit, appelé l'attention sur l'importance qu'il y a, pour pénétrer à fond l'essence des institutions de droit, à rechercher attentivement leurs analogies réelles ou apparentes avec d'autres institutions (*a*).

Or le droit des obligations paraît présenter une double analogie : avec le droit de la famille, et avec le droit des choses; entre ces deux droits, il tient pour ainsi dire le milieu.

(*m*) *L.* 10, 11, 12, *pr.* 108 *de V. S.* (50, 16). — *L.* 3 *fam. erc.* (10, 2), *L.* 1 *de compens.* (16, 2).

(*n*) *L.* 20 *de jud.* (5, 1), *L.* 5 § 3 *de O. et A.* (41, 7). Cette transformation de l'emploi de l'expression se trouve clairement démontrée dans la *L.* 10, 11 *de V. S.* (50,

16). — Cf. *Système*, t. 5, p. 513 (p. 520, trad.).

(*o*) *Pr. J. de duob. reis* (3, 16), *L.* 1, *L.* 16 *de duob. reis* (45, 2). *Festus*, v^o *reus* et v^o *contestari*.

(*a*) *Système*, t. 1; préface, p. xxxvi (p. xxxiv, xxxv, trad.).

A première vue l'affinité avec le droit de la famille paraît prépondérante : car l'obligation, de même que le rapport de famille, engendre un lien entre deux personnes isolées et déterminées. Mais, après un examen plus attentif, cette analogie apparente s'évanouit devant une différence bien plus profonde : car l'obligation a pour but des actes isolés, soumis à l'empire d'une volonté étrangère, tandis que le droit de famille produit des rapports journaliers, fondés sur la nature et la morale, rapports que la libre coopération des membres isolés de la famille doit constamment former et mettre en pratique (b).

Il faut au contraire signaler une analogie bien autrement essentielle entre les obligations et les rapports du droit des choses, dont la propriété forme la base. Il est vrai que dans la propriété nous ne rencontrons pas les deux personnes isolées, qui sont de l'essence de l'obligation. Mais en revanche ces deux institutions ont ce caractère commun, que l'obligation, comme la propriété, consiste dans la domination d'une personne déterminée sur une fraction du monde extérieur. Aussi constituent-elles par leur réunion le droit des biens, dont elles sont les deux parties corrélatives :

(b) *Système*, t. 1, § 58, p. 387 (p. 381, 382, trad.).

en effet le droit des choses comprend le principe du droit des biens, abstraction faite de toute relation d'homme à homme, tandis que cette relation est précisément l'objet du droit des obligations (c) : nous trouvons encore deux rapports intimes entre les obligations et la propriété. Le premier consiste en ce que les actes, compris dans l'obligation, doivent être susceptibles d'une évaluation en argent (§ 2. h.), le second, en ce que les obligations les plus nombreuses et les plus importantes n'ont d'autre but que de mener à l'acquisition de la propriété ou de ses démembrements (d).

Si nous comparons le droit des obligations dans son ensemble avec les autres parties voisines du système du droit, nous constatons la prédominance des traits caractéristiques suivants. La pratique générale des affaires, au temps actuel, donne une importance évidemment progressive à l'influence du droit des obligations, plutôt qu'aux autres parties du droit : c'est par lui, en effet, que les tendances et les nécessités de notre époque reçoivent de préférence leur satisfaction. — Ensuite,

(c) *Système*, t. I, §§ 56, 58.

(d) *Système*, t. I, p. 339, p. 372-374 (p. 333, p. 366-368, trad.). Ici nous devons pareillement prémunir le lecteur contre l'influence exagérée que beaucoup d'auteurs

ont attribuée à cette dernière analogie, et qui a pour résultat d'obscurcir le véritable rapport qui unit ces deux parties du droit.

les idées juridiques et les principes des Romains ont conservé une efficacité reconnue dans le droit des obligations plutôt que dans les autres parties du droit (e). — Enfin, le droit des obligations se prête, mieux que les autres parties du droit, à des combinaisons particulières. La liberté des personnes qui forment ces rapports de droit apparaît ici avec des restrictions moindres que dans le droit des choses et de la famille, si bien que c'est dans cette partie du droit qu'il faut chercher de préférence le siège des règles uniquement destinées à concilier le droit avec les exigences nouvelles (f).

Enfin, le caractère propre du droit des obligations, que nous venons de signaler, nous conduit encore à une remarque spéciale sur le rôle des faits juridiques par rapport aux obligations. L'idée de ces faits a déjà été exposée à un autre endroit (g). Mais pour le développement plus complet de cette idée, il faut maintenant ajouter que ces faits juridiques fonctionnent de deux manières différentes :

Ils apparaissent d'abord dans une fonction générale et nécessaire, comme conditions effectives de

(e) Ces deux traits du droit des obligations sont mis en relief d'une manière frappante dans Puchta, Vorlesungen (Cours

publics), § 218.

(f) Cf. Système, t. 1, § 16.

(g) Système, t. 3, § 104.

l'application normale des règles du droit : par exemple, quand la propriété est acquise et perdue par tradition ou prescription, ou bien, quand des obligations naissent de contrats ou de délits, et s'éteignent par l'exécution ou par une convention.

Mais en outre ils apparaissent dans une fonction spéciale et tout accidentelle, comme conditions effectives de la modification arbitraire des règles du droit. A cette fonction se réfèrent l'idée et les expressions très-répandues chez les écrivains modernes, et qui consistent dans la distinction des rapports de droit en *essentialia*, *naturalia* et *accidentalia* (h). Cette remarque fort exacte repose sur ce qu'on peut imaginer dans les rapports de droit trois sortes d'états : 1° Un état dont on ne peut concevoir la suppression sans que l'idée du rapport de droit soit par là même anéantie, comme, par exemple, dans le prêt, le transport de propriété ; 2° un état qui fait régulièrement partie du rapport juridique, mais que cependant la libre volonté des parties peut exclure ou modifier, comme, par exemple, la *diligentia*, qui est imposée de droit au vendeur et au locataire ; 3° un état qui ne fait pas régulière-

(h) Averanius Interpret . L. 4, C. 12. Mühlenbruch, § 104.

ment partie du rapport juridique, mais que cependant la libre volonté des parties peut y introduire, comme par exemple une condition ajoutée au contrat, ou une activité spéciale, qu'un *pactum adjectum* impose au vendeur d'un objet, en outre de la tradition. Dans ces deux derniers cas, la fonction modificatrice des faits juridiques que nous avons mentionnée plus haut, se rencontre suivant la volonté des parties; mais pour écarter toute confusion dans les idées, il faut toujours la distinguer de la fonction générale, qui a uniquement pour effet de servir de base à l'application normale des règles de droit. Si, par exemple, une maison est vendue pour une somme de 1,000, ou si un testateur institue héritières deux personnes pour parties égales, ces faits juridiques n'ont rien de commun avec la distinction en *essentialia*, *naturalia* et *accidentalia*.

Les principes que nous venons de poser étaient naturellement déjà reconnus par les jurisconsultes romains, et il ne nous reste plus qu'à établir comment leurs expressions techniques concordent avec ces principes.

Les *essentialia* des écrivains modernes sont désignés alternativement chez les Romains, quand ils traitent des obligations, par deux expressions: d'abord par *substantia*, expression qui ne peut

donner lieu à aucune équivoque (i), mais aussi, et même plus fréquemment, par *natura* (k). De même aussi, ils emploient l'expression *natura* en matière de servitudes pour désigner leur essence (la *substantia*) (l).

Mais dans un bien plus grand nombre de textes, les *naturalia* des modernes sont aussi exprimés par *natura*, et ce mot comprend les résultats qui, sans doute, dérivent de plein droit d'un rapport juridique, mais que cependant la libre volonté des parties peut modifier (m). Aussi l'expression *na-*

(i) L. 72 pr. de contr. emt. (18, 1), « ...Emptionis substantia constitit ex pretio, » c'est-à-dire l'essence du contrat de vente exige un prix convenu entre les parties, de sorte qu'un changement du prix engendrerait un nouveau contrat. — Nous voyons aussi la *obligationum substantia* dans la L. 3 pr. de O. et A. V. plus haut, § 3, a.

(k) L. 12 § 2 quod metus (4, 2). « propter naturam metus causa actionis, quæ damnum exigit. » L. 5 in f. de fidejuss. (46, 1). « ...quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut... altera consumeretur. » L. 9 § 1 de duob. reis (45, 2) : « Statum et naturam obligationis... mutare non potest. » Cf. L. 14 § 13 de relig. (11, 7), L. 139 de V. O. (45, 1) « indivisa natura. »

(l) L. 15 § 1 de servit. (8, 1). « Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat. » C'est tout à fait à tort qu'Averanius, l. c. num. v, explique ici l'expression *natura* par règle

générale, soumise cependant aux modifications arbitraires des parties, et la rapporte à l'anomalie qu'offre la *servitus oneris ferendi*, qui certainement peut porter sur un fait positif. Mais si le mot *natura* devait avoir, dans l'interprétation de ce passage, le sens que les modernes rendent par les *naturalia*, il faudrait en conclure que dans toutes les servitudes la libre volonté des parties pourrait introduire une obligation de *facere*, et il ne faudrait pas limiter ce résultat à un cas aussi isolé, aussi rare et aussi peu important.

(m) L. 11 § 1 de act. emt. (19, 1). « quod si nihil convenit, tunc ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt hujus judicii potestati. » L. 5 § 4 de præscr. verb. (19, 5). « potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere. » L. 27 § 2 de pactis (2, 14). « quotiens enim ad jus, quod lex naturæ ejus tribuit, de dote actio redit... » Cf. L. 7 § 5 de pactis (2, 14), L. 24 in f. depos. (16, 3), L. 21 § 3 de test. (22, 5).

tura est-elle équivoque, et nécessite des précautions spéciales dans l'interprétation des sources du droit. Maints écrivains modernes ont tenté d'appliquer le mot *autonomie* aux cas où les faits juridiques apparaissent dans leur fonction modificatrice des règles de droit. Nous avons déjà protesté à un autre endroit contre l'emploi de cette expression (n).

Les développements que nous venons de donner sur la double fonction des faits juridiques, et sur les autres matières qui s'y rattachent, sont en eux-mêmes applicables à toutes les parties du système du droit. J'ai considéré l'introduction au droit des obligations comme la place la plus convenable pour ces développements, parce que dans cette partie du système du droit, la plus libre carrière s'ouvre à la volonté modificatrice des parties, et que c'est dans les actes juridiques, spécialement dans les conventions obligatoires (o), que se présentent les applications les plus nombreuses et les plus importantes de ces fonctions.

(n) Système, t. 8, § 360, notes a, b, c.

(o) Système, t. 3, §§ 104, 114, 140, 141.

§ 5.

II. DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. CIVILIS ET
NATURALIS OBLIGATIO. IDÉE.

A. D. Weber, Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit (Exposition systématique de la théorie de l'obligation naturelle). 1784, plusieurs fois réédité depuis, entre autres à Leipsick, 1825, 8 (mes citations se réfèrent à la 3^e édition, 1800).

A. F. E. Lellèvre, Quid est obligatio naturalis ex sententia Romanorum. Lovanii, 1826, 4.

L. de Pfordten, De obligationis civilis in naturalem transitu. Leip., 1843, 8.

Puchta, Pandekten, § 237, Vorlesungen (cours publics), § 237. Cursus, t. 3, § 268 ¹.

Pour arriver au développement complet de cette idée de l'obligation, il est nécessaire d'exposer les divisions qui s'offrent à notre observation dans les limites de cette idée. Parmi les divisions dont il s'agirait d'analyser l'origine, nous n'avons à mentionner en cet endroit que celle qui existe entre la *civilis* et la *naturalis obligatio*. Sans doute, d'autres écrivains placent encore sur la même

¹ Ajoutez deux professeurs de droit romain près les Facultés de Paris et de Toulouse : E. Machelard, des Obligations naturelles en droit romain, 1861 ; et M. Massol, de l'Obligation naturelle en droit romain et en droit français, 1862.

ligne plusieurs divisions, par exemple : la division en obligations unilatérales et synallagmatiques, principales et accessoires, etc. Toutefois, la nature de ces dernières sera mieux comprise si nous les rapportons non pas à l'idée d'obligation elle-même, mais à la source des obligations, et surtout aux contrats, comme à la source la plus importante.

La distinction de la *civilis* et de la *naturalis obligatio* est en corrélation évidente avec l'opposition que nous avons présentée dans un autre endroit, du *jus civile* et du *jus gentium* (a). C'est ainsi qu'elle se lie avec la division des manières d'acquérir la propriété en civiles et naturelles (b), de même qu'avec la parenté civile et naturelle (c). La reconnaissance générale d'une telle corrélation est ici d'autant moins suffisante, qu'elle se présente précisément dans les obligations, sous divers points de vue, qu'il faut soigneusement distinguer.

La division des obligations en civiles et naturelles se rapporte d'abord à leur origine, puis à la capacité juridique des personnes, enfin à la nature et à l'étendue de leur efficacité.

(a) Cf. sur cette opposition :
Système, t. 1, § 22.

(b) § 11 J. de div. rerum (?), 1).
(c) L. 4 § 2 de grad. (38, 10).

Tous ces points de vue se relient l'un à l'autre, mais chacun a aussi sa nature propre, et c'est pourquoi il est bon d'accorder une attention spéciale, non-seulement à la détermination de l'idée elle-même, mais aussi à la précision dans l'emploi des termes.

A. En se plaçant au point de vue de l'origine, il y a des obligations qui proviennent du *jus gentium*, et d'autres qui sont étrangères au *jus gentium*, et qui ont tout d'abord trouvé leur source dans le *jus civile* des Romains (d).

Ce n'est cependant pas à cette opposition qu'il faut rattacher la terminologie qui nous occupe; ce qui conduirait à penser que les obligations nées du *jus gentium* sont restées étrangères au droit civil; tout au contraire, le droit civil peut aussi les reconnaître et les sanctionner, et même, les obligations les plus nombreuses et les plus importantes sont surtout celles communes en réalité à ces deux droits (note d). D'après cela il y a, à un double point de vue, deux autres classes d'obligations qui, bien que dans un sens différent,

(d) L. 84 § 1 de R. J. (50, 17). « Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. » — § 2 J. de j. nat. (1, 2). « Ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio-venditio, locatio-

conductio..., mutuum, et alii innumerabiles. — L. 5 de just. et jure (1, 1). « Ex hoc jure gentium... obligationes institutæ: exceptis quibusdam, quæ jure civili introductæ sunt. »

peuvent être considérées comme des exceptions à cette règle. — D'un côté, il y a les obligations naturelles, qui, exceptionnellement, n'ont pas été sanctionnées par le droit civil; nous en parlerons surtout avec détails, en traitant de notre opposition au troisième point de vue (au point de vue de l'efficacité) (§ 7). — De l'autre côté, il y a les obligations qui tirent leur origine du droit civil seul, et sont étrangères au *jus gentium*.

Nous devons maintenant considérer plus attentivement les obligations communes aux deux droits, et celles qui appartiennent exclusivement au droit civil. Mais ce serait une erreur de regarder ces deux classes comme deux moitiés égales, entre lesquelles se partagerait en quelque sorte tout le contenu du droit des obligations. Au contraire, il faut considérer les obligations communes aux deux droits comme la règle prépondérante et dominante, tandis que celles qui sont purement civiles portent en elles un caractère d'exception (e). Ce serait encore une erreur de faire concorder cette distinction avec une différence dans l'efficacité, dans la fausse croyance que les obligations purement civiles donnent lieu à des actions plus strictes que celles qui dérivent du

(e) L. 5 de just. et jure (V. note d).

jus gentium; car ces dernières engendrent des actions d'espèces les plus différentes : actions pré-toriennes, *actiones b. f.* civiles et condiction (f).

Il importe avant tout de distinguer l'une de l'autre d'une manière sûre les deux classes d'obligations dont il s'agit, et, en fait, elles peuvent se ramener à des principes certains.

Au *jus gentium* appartiennent toutes les obligations fondées, non pas sur des institutions arbitraires, mais sur la *naturalis ratio*, sur la base naturelle du droit (g). On arrive ainsi incontestablement à reconnaître qu'une obligation peut naître de trois sources indépendantes les unes des autres :

Libre volonté du débiteur (contrat) ;

Enrichissement injuste au préjudice d'autrui (h) :

(f) Le prêt a sa source dans le *jus gentium* (§ 2 J. de j. nat. V. plus haut note d), et cependant il produit une *condictio* ; de même les condiction fondées sur un enrichissement injuste appartiennent au *jus gentium*. L. 25 *rer. amot.* (25, 2).

(g) *Système*, t. 1, § 15, p. 55 (p. 52, trad.).

(h) L. 25 *rer. amot.* (25, 2). « *jure gentium condici puto posse res ab his qui non ex justa causa possident.* » — L. 14 *de cond. ind.* (12, 6). « *natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem.* » L. 15 *pr. de cond. ind.* (12, 6). « *Indebiti soluti condictio naturalis est.* » L. 5 *pr.*

de auct. (26, 8). « ...cum solus tutor mutuam pecuniam pupillo dederit, vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori : *naturaliter tamen obligabitur* in quantum locupletior factus est : nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam D. Pius rescripsit. » (D'après ces derniers mots, il n'est pas douteux que le *naturaliter obligari* désigne ici, non pas une obligation incomplète (sans action), mais bien une obligation munie d'action, dont l'origine se rapporte au *jus gentium*). — Cf. plus bas, § 23, b, c, d.

Violation du droit, quand on intente, comme résultant du délit, une action n'aboutissant qu'à une simple indemnité;

Appartenant au *jus civile* et étrangères au *jus gentium*, sont les obligations suivantes :

(a Quelques-unes sont du domaine de la pratique régulière des affaires. A cette classe appartiennent celles qui sont fondées sur des formes arbitraires, et résultant de coutumes nationales particulières.

La *literarum obligatio* (par l'inscription sur le registre domestique d'un citoyen romain) :

La *nexi obligatio* (par l'opération de l'*æs et libra*, en présence de cinq témoins) ;

A vrai dire, il faudrait encore ranger ici la stipulation où la demande et la réponse, qui constituent la forme du contrat, sont aussi fondées sur une coutume nationale propre aux Romains. Nous allons en parler un peu plus loin.

Cependant il faut reconnaître que tous ces cas offrent une nature mixte. Leur forme positive, avec l'effet spécial qui y est attaché, est sans doute *juris civilis*. Mais en tant que la volonté des parties en est la base, chacun des rapports de l'une des espèces ci-dessus indiquées peut être attribué au *jus gentium*, de même qu'un contrat consensuel.

(b) D'autres obligations appartiennent au domaine des droits injustement troublés, et résultent des dispositions destinées à les sauvegarder ou à les établir. A cette classe appartient la *rei judicatæ obligatio*. Car, quelque salulaire qu'il soit que tout jugement, qui a force de chose jugée, soit maintenu d'une manière absolue, même au risque d'amener une injustice réelle, cependant ce principe doit être considéré comme une disposition artificielle du droit positif, et non comme une émanation de la *naturalis ratio* (i).

A cette classe appartiennent spécialement toutes les actions résultant des délits, en tant qu'elles tendent non pas simplement au rétablissement de l'état de droit antérieur au moyen d'une indemnité, mais à l'application d'une peine; car toute peine est étrangère à la *naturalis ratio*, et se fonde sur une disposition du droit positif, ce qui résulte indubitablement de la mesure tout à fait arbitraire de la peine.

Un examen plus attentif des obligations qui appartiennent au *jus civile* conduit à la conviction qu'on peut fort bien concevoir sans elle un état de droit satisfaisant, en sorte qu'elles apparaissent comme superflues en un certain temps. Aussi

(i) *Système*, t. 6, § 280; t. 5, § 249, c.

les formes du contrat mentionnées plus haut ont-elles effectivement disparu dans le droit de Justinien. Et pour ce qui concerne les peines, elles sont sans doute indispensables en elles-mêmes, au moins en droit criminel. Mais leur introduction partielle dans le droit des obligations se fonde sur des dispositions toutes du droit positif; cette partie de la législation a déjà subi de nombreuses restrictions dans le droit de Justinien, et dans le droit actuel il n'en reste que très-peu de traces.

§ 6.

II. DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. CIVILIS ET NATURALIS OBLIGATIO. IDÉE (SUITE).

Au point de vue de la capacité juridique des personnes, il y a des obligations qui sont accessibles à tous, et d'autres pour lesquelles les citoyens romains ont seuls cette capacité.

Il faut transporter ici les mêmes observations que nous avons déjà faites sur le premier point de vue (§ 5, c, f.). Il ne s'agit pas de partager les obligations en deux moitiés égales : car celles accessibles à tous forment la partie la plus considérable, et celles restreintes aux Romains, un petit nombre d'exceptions. De même il n'y a au-

cune distinction générale quant à l'efficacité : car parmi les obligations accessibles à tous, il se présente des cas où l'efficacité revêt son caractère le plus strict, par exemple dans le prêt d'argent.

La division dont nous nous occupons se distingue surtout par son étroite liaison avec celle que nous venons d'étudier (§ 5). Nous devons citer notamment cette règle sans exceptions, que toutes les obligations sorties du *jus gentium* sont en même temps accessibles à tous les hommes, pérégrins comme citoyens romains; il en résulte que l'indication d'une *obligatio juris gentium* rappelle constamment cette double idée : celle de l'origine et celle de la capacité personnelle et générale, qui se rattachent à une telle obligation. Ainsi, dans le prêt, on nous fait remarquer positivement qu'il avait son origine dans le *jus gentium* (a), et qu'il était accessible à tous également (b), et ces deux attributs sont indiqués par la même expression. De même aussi l'*obligatio juris civilis* désigne une obligation qui prend son origine dans le droit civil, et qui, par suite, n'est accessible qu'aux Romains (c).

(a) § 2 J. de j. nat. (1. 2). V. plus haut, § 5, d.

(b) Gaius, Lib. 3 § 132. « Unde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniæ obligantur :

quod genus obligationis juris gentium est. »

(c) Gaius, Lib. 3 § 133. « Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodam modo juris civilis est talis obligatio : quod

Aussi cette partie de notre étude est-elle beaucoup simplifiée, et il nous suffira d'ajouter quelques détails plus précis sur les obligations accessibles seulement aux Romains.

Sur la *literarum obligatio* s'est élevée la controverse suivante. Les Proculiens niaient qu'aucun engagement pût naître contre les pérégrins, du *nomen* d'un Romain : les Sabinien ne refusaient cet effet qu'à la *transcriptio a persona in personam*, et validaient celle *a re in personam* (note c). Le doute sur la question en général (en laissant de côté la distinction des Sabinien) pourrait bien être éclairci de la manière suivante. Ce contrat reposait tout entier sur la tenue régulière des registres domestiques des Romains, par conséquent sur une coutume toute particulière à ce peuple : aussi pouvait-on le ranger dans le droit civil, et l'interdire aux pérégrins. Seulement son essence ne consistait pas dans une écriture commune aux deux parties ; mais dans une écriture uniquement émanée du créancier, l'*expensilatio* (bien entendu avec le consentement du débiteur) ; de là, on pouvait conclure que le Romain, par l'*expensilatio* portée sur son registre à la charge

Nervæ placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcripticium,

etiam peregrinos obligari : si vero a persona in personam, non obligari. »

d'un pérégrin qui y consentait, pouvait obliger celui-ci. Le fait que le pérégrin ne tenait pas et ne pouvait pas tenir le *codex accepti et expensi* romain n'était pas un obstacle à la validité de l'engagement (d).

Dans la *nexi obligatio* on peut sans le moindre doute admettre cette même restriction personnelle, comme aussi dans la mancipation, qui s'en rapproche beaucoup, et l'interdire purement et simplement aux pérégrins (e). Même on pourrait se demander si les Latins, admis à la mancipation à côté des citoyens romains, ont été aussi admis au *nexum*, sur lequel il nous reste si peu de renseignements.

Pour la stipulation aussi, on pourrait être porté à la considérer comme une institution restreinte aux Romains, à l'exclusion des pérégrins, d'abord, parce qu'elle s'est formée du *nexum* (f), ensuite parce qu'elle reposait aussi sur une forme toute positive, qui se rattachait à une coutume nationale propre aux Romains. Mais ici la nécessité pratique a amené forcément le sacrifice de cette conséquence rigoureuse, non cependant sans qu'il

(d) Cf. surtout Savigny, *Vermischte Schriften* (mélanges), t. 1, num. ix.

(e) Gaius, *Lib. 1* § 119. Ulpian, *xix*, § 4, 5.

(f) Cf. *Système*, t. 5, p. 538 (p. 538, trad.), et *Vermischte Schriften* (mélanges), t. 2, page 410.

en restât un souvenir isolé. En effet, toutes les transactions s'étaient si universellement concentrées dans la stipulation, que les rapports toujours croissants avec les innombrables pérégrins qui habitaient Rome et les provinces avaient rendu presque indispensable leur admission à la stipulation. Ainsi, on regarda comme règle certaine que la stipulation, comme l'acceptilation, était devenue *juris gentium*, c'est-à-dire accessible également aux pérégrins et aux Romains; on conserva comme unique exception à cette règle la stipulation sous la forme : *spondes? spondeo*, d'abord comme souvenir de l'ancienne restriction, ensuite parce que cette forme avait sans doute été celle de l'antique *nexum* (g).

En admettant des formes de contrat particulières et positives, les Romains avaient été d'ailleurs si conséquents et si impartiaux, qu'ils avaient aussi reconnu aux pérégrins des formes qui leur étaient exclusivement applicables, parce qu'elles étaient fondées sur leurs coutumes nationales (h).

(g) Gaius, Lib. 3 § 93. « Sed hæc quidem verborum obligatio : dari *spondes? spondeo*, propria civium romanorum est; cæteræ vero *juris gentium* sunt : itaque inter omnes homines, sive cives romanos, sive peregrinos valent. » — Ib. § 179. « ...si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, cum

quo *sponsus communio non est*, *spondes* verbo stipulatus sim. » — L. 8 § 4 de *acceptilat.* (46, 4). « hoc jure utimur, ut *juris gentium* sit acceptilatio. »

(h) Gaius, Lib. 3 § 134. « ...chirographis et syngraphis..., quod genus obligationis proprium peregrinorum est. »

Nous avons déjà remarqué plus haut (§ 5) que les actions résultant des délits, et aboutissant à une peine, étaient en dehors de la *naturalis ratio* et devaient, par suite, rentrer dans le *jus civile*. Il en résultait nécessairement qu'entre Romains et pérégrins, il ne pouvait y avoir, à proprement parler, aucune action pénale dans le sens du vieux droit strict. Cette conséquence donne lieu à l'observation remarquable qui suit : au point de vue pratique, il eût été absurde de laisser commettre en liberté et avec impunité des vols par les pérégrins qui habitaient Rome, et de leur accorder un si injuste privilège ; la même observation s'applique aux délits commis au préjudice des pérégrins. On ramena cette conséquence sous le niveau des nécessités pratiques par des actions fictives : on feignit dans la formule de l'action que le pérégrin (demandeur ou défendeur) était citoyen romain, ce qui permit de lui appliquer directement l'action du délit (i).

(i) Gaius, Lib. 4 § 37, où ce procédé est appliqué à la *civilis furti actio* (des 12 Tables) et à l'*actio legis Aquiliae*. Il s'appliquait aussi, sans aucun doute, aux actions d'injures résultant de la loi des 12 Tables. Quant aux actions pénales plus récentes, dérivant par exemple de l'édit du préteur, leurs formules n'ont certainement jamais contenu de fictions, mais elles étaient direc-

tement applicables aux pérégrins ; cependant, le sens de cette application était le même que celui qu'exprimait autrefois la fiction. — Quant aux actions résultant de la *literarum obligatio*, du *nexum* et de la stipulation : *spondes ? spondeo*, la nécessité ne s'était pas fait sentir de les rendre accessibles aux pérégrins par des fictions, et quant aux actions portées devant le *praetor peregrini-*

§ 7.

II. DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. CIVILIS ET NATURALIS OBLIGATIO. IDÉE (SUITE).

C. Au point de vue du caractère et du degré d'efficacité, il faut distinguer les obligations pourvues et celles dépourvues d'action (*civiles et naturales*) : cette distinction est la plus importante des trois, et même si nous avons particulièrement développé les précédentes, c'est pour jeter une clarté plus vive sur tout l'ensemble de cette dernière.

L'essence de l'obligation consiste dans un état d'assujétissement (§ 2). La manière régulière pour forcer à l'exécution cette liberté assujétie et contrainte, est l'action ; aussi l'obligation pourvue d'action (protégée par elle) est-elle par excellence l'obligation proprement dite, la véritable obligation. Mais il y a des cas où la contrainte ne peut s'effectuer d'une manière aussi simple : ce n'est que par des voies indirectes et accidentelles qu'on parvient à l'exécution, et ces

nus, à la suite d'un prêt, d'une vente, etc., il n'a certainement jamais été question d'actions fic-

tives ; car ces actions étaient fondées elles-mêmes sur le *jus gentium*.

obligations improprement dites, nous les nommons obligations dépourvues d'action (*naturales*).

Ici encore ce serait une erreur complète de regarder les obligations pourvues et dépourvues d'action comme deux moitiés égales ou presque égales du domaine entier des obligations. Tout au contraire, les obligations pourvues d'action constituent la règle de beaucoup prépondérante, et celles dépourvues d'action un nombre d'exceptions (comparativement rares). Notons que ce rapport entre les deux classes correspond ainsi aux deux origines différentes des obligations présentées plus haut (§ 5). Nous avons fait observer que les obligations tirent leur origine en partie du *jus civile*, en partie du *jus gentium*; ces dernières forment l'immense majorité. Ces obligations du *jus gentium* sont en grande partie reconnues par le *jus civile*, et cette reconnaissance consiste précisément à les munir d'une action. Quelques-unes cependant, par suite de certaines circonstances qui s'y opposent et qui les rendent imparfaites, ne sont point reconnues par le droit civil, et la négation de cette reconnaissance se manifeste précisément par le refus d'action. Si donc ces dernières sont appelées de préférence *naturales* (et c'est là l'emploi le plus fréquent de cette expression), c'est

en ce sens qu'elles ne sont q u e *naturales* (a), tandis que la plupart des autres ont été sanctionnées par le droit civil. C'est une manière de s'exprimer tout à fait analogue, qui fait dire que l'acheteur d'une *res Mancipi* par la simple tradition reçoit la chose *tantum in bonis* (b), tandis que par la mancipation il l'a acquise sans doute *ex jure Quiritium*, mais en outre il l'a également *in bonis* (c).

C'est pourquoi les mots *civilis obligatio* et droit d'action sont pris comme synonymes (d). De même, dans le cas d'une obligation dépourvue d'action, on nie l'existence même d'une *obligatio* (e), précisément parce qu'elle n'est qu'une obligation improprement dite. Dans cette obligation, l'ayant droit ne s'appelle pas *creditor* (f), ni l'obligé

(a) L. 5 *pr. de pign.* (20, 1): « et vel pro civili obligatione, vel honoraria, *rel tantum naturali.* » — L. 95 § 4 *de solut.* (46, 3): « Naturalis obligatio... justo pacto... ipso jure tollitur: quia *vinculum æquitatis, quo solo sustinebatur, conventionis æquitate dissolvitur.* »

(b) Ulpien, I, § 16: « Qui *tantum in bonis*, non etiam ex jure Quiritium servum habet » *rel.*

(c) Gaius, Lib. 1 § 54 « ...vel in bonis, vel ex jure Quiritium, vel ex utroque jure cujusquam servus esse intelligitur, » *rel.*

(d) L. 5 § 1 *de præscr. verb.* (19, 5) « ...dubium non est, nasci

civilem obligationem: in qua actione id veniet. » *rel.*

(e) L. 7 § 2, 4 *de pactis* (2, 14). « Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa: eleganter Aristo Celso respondit, *esse obligationem...* et hinc nasci *civilem obligationem...* Sed cum nulla subest causa, ...constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. »

(f) L. 10 *de V. S.* (50, 16). « Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. » — L. 42 § 1 *de O. et A.* (44, 7): « Creditores eos accipere debemus qui aliquam actionem habent. »

debitor (g), et s'ils prennent ces noms, ce n'est que *minus proprie, per abusionem* (h). La dette elle-même est indiquée dans ces cas par le mot *indebitum* (i).

Il nous reste encore à déterminer plus exactement le sens de l'expression que nous avons déjà employée et appliquée si souvent jusqu'ici.

Civilis obligatio, civiliter obligari ou *non obligari*, indique qu'une obligation est pourvue d'action, sans distinguer son origine (*jus civile* ou *jus gentium*). L'emploi de cette expression a déjà été justifié par des passages tout à fait péremptoirs (notes d, e), et le sera encore davantage par d'autres observations qui vont suivre. A un seul point de vue, cette terminologie souffre une légère dérogation, qu'on peut attribuer à une simple négligence d'expression. Pour l'application de l'idée d'une *civilis obligatio*, il est tout à fait indifférent de rechercher quelle peut être l'espèce d'action employée, une *civilis actio*, une *honoraria actio*, ou un *extraordinarium judicium* (k). Dans quelques textes on a reporté par négligence sur les

(g) L. 108, L. 178 § 3 de V. S. (50, 16).

(h) L. 16 § 4 de fidej. (46, 1) (V plus bas, note p).

(i) L. 5 § 2 de sol. (46, 3). Ici on appelle *indebita* les intérêts, qui « ex pacto naturaliter debebantur. » L. 28 C. de pactis (2, 3). —

Dans la matière de l'*indebiti conditio* on emploie cependant une autre expression. L. 64 de cond. ind. (12, 6): « debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intelligenda est. »

(k) L. 10, L. 178 § 3 de V. S., L. 42 § 1 de O. et A. (44, 7).

obligations cette nomenclature des espèces d'actions : ainsi on parle d'une *obligatio civilis* ou *honoraria*, et quelquefois à côté on place la *naturalis* comme une sous-division de la classification, tandis que partout on aurait dû parler seulement d'une *obligatio civilis*, munie d'une *actio civilis* ou *honoraria* (1). — On aurait d'ailleurs pu concevoir que l'expression *civilis obligatio* fût employée même pour exprimer qu'une obligation a sa source dans le *jus civile*, par opposition au *jus gentium* (§ 5). Mais cette expression ne se présente jamais exactement dans cette acception, et Gaius ne l'emploie qu'une fois dans un sens analogue dans le passage suivant : *Quodam modo juris civilis est talis obligatio* (§ 6, c).

Naturalis obligatio, naturaliter debere ou *obligari*, indique qu'une obligation est dépourvue d'action, ou n'a qu'une efficacité incomplète. Sur ce point aussi, nous avons déjà cité des passages décisifs (notes *a*, *f*, *i*), que nous ferons suivre encore d'autres plus nombreux, et qui démontrent que cette signification de l'expression technique

(1) *L. 5 pr. de pign.* (V. plus haut, note *a*), de plus *L. 1 § 1 de nor.* (46, 2) : « qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria. » — *L. 1 § 24 de exerc.* (14, 1), *L. 8 § 4 de accept.* (46, 4), § 1 *J. de oblig.* (3,

13). Le rapprochement opéré dans la *L. 40 pr. ad Sc. Treb.* (36, 1) est beaucoup plus exact, et à l'abri de tout reproche : *actiones, quæ jure civili competunt, honorariae actiones, et causa naturalium obligationum.*

est non-seulement juste, mais encore régulière et de beaucoup la plus usitée dans les textes. Seulement il en est ici autrement que lorsqu'il s'agit d'une *civilis obligatio*; en effet, dans beaucoup de textes, *naturalis obligatio* est aussi employée pour indiquer qu'une obligation a sa source dans le *jus gentium*, même dans les cas où cette obligation, en fait, engendre une action, et doit nécessairement, dans un autre sens, être appelée *civilis*. — Ainsi un texte dit de la *condictio indebiti* qu'elle est *naturalis* (m), évidemment en ce sens seulement que cette obligation (pourvue certainement d'une action) tire son origine du *jus gentium*. — C'est absolument dans le même sens qu'un autre texte emploie l'expression *naturaliter obligabitur* (n), pour qualifier une obligation dont l'action a son origine dans un enrichissement injuste. — Dans un autre endroit Paul dit d'un prêt d'argent qui a été après coup revêtu des formes de la stipulation, que le créancier n'a pas entendu nécessairement abandonner l'action que le prêt lui avait fait acquérir. Il exprime ainsi cette idée : Plane si præcedat numeratio, sequatur stipulatio,

(m) L. 15 pr. de cond. indeb. (V. plus haut, § 5, h). Ici l'expression *naturalis*, qui convient proprement à l'obligation, est reportée sur l'action, comme à l'inverse, dans d'autres passages,

l'expression *civilis* a été reportée inexactement de l'action sur l'obligation (V. plus haut, note l).

(n) L. 5 pr. de auct. (V. plus haut, § 5, h).

non est dicendum, *recessum a naturali obligatione* (o). Il appelle ainsi le prêt une *naturalis obligatio*, par opposition à la stipulation, évidemment parce que le prêt appartenait au *jus gentium* (§ 6, a, b). Cette assertion pourrait paraître en contradiction avec la circonstance que la stipulation, elle aussi, est devenue du *jus gentium*; toutefois, ce point n'est vrai qu'à l'exception de la stipulation *spondes spondeo* (§ 6, g), et précisément, c'est de cette stipulation qu'il était question en termes exprès dans le texte cité de Paul (« *spondit Flavius Candidus dominus meus* »). Aussi pouvait-on, par une conséquence nécessaire, opposer à cette stipulation le prêt antérieur, comme une *naturalis obligatio*. — Dans cette étude, nous rencontrons deux textes, spécialement importants, qui exigent une attention toute particulière, parce que leur véritable interprétation a été très-souvent contestée. Le premier texte, qui est de Julien, est ainsi conçu (p) : *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit : verum etiam quum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicuntur naturales debitores, per*

(o) L. 126 § 2 de V. O. (45, 1).
(p) L. 16 § 4 de fidej. (46, 1). La

seconde moitié du texte a déjà été utilisée plus haut, note h.

abusionem intelligi possunt debitores : et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. La première partie de ce texte (jusqu'à *non potest*) se trouve une seconde fois dans le Digeste, absolument dans les mêmes termes (à quelques petits détails près) (q). J'explique ainsi ce texte : « Comme *naturales* (c'est-à-dire dérivant du *jus gentium*) *obligationes*, il faut considérer, non-seulement les obligations qui engendrent des actions (et c'est la majorité, par exemple, la vente, le louage, le prêt), mais encore celles qui ont pour unique effet d'empêcher la répétition d'un paiement (fait par erreur). Car on peut aussi considérer et désigner les débiteurs (dans cette seconde classe d'obligations) comme *debitores*, bien entendu *naturales debitores*, bien que cette expression soit prise ici abusivement et non dans son sens propre. » Cette explication a déjà été adoptée en substance par d'autres auteurs; mais on lui a opposé l'explication différente qui suit, et d'après laquelle le texte entier, dans toutes ses parties, n'aurait trait qu'à des obligations dépourvues d'action (r). D'après

(q) L. 10 de O. et A. (44, 7). Ici l'auteur est indiqué différemment suivant les manuscrits : *Paulus* (Florent.), *Ulpianus*, *Julianus*.

(r) Vangerow, p. 5, suivant de très-près Unterholzner, p. 12, 13; toutefois des auteurs

plus anciens se sont déjà engagés, de diverses manières, dans des voies analogues, comme Weber natürl. Verbindlichkeit (obligation naturelle) § 51, Glück, t. 1, p. 188, 189. Il faut rejeter complètement la correction proposée

eux, le sens serait celui-ci : « Une *obligatio naturalis* se reconnaît à ce caractère, que non-seulement elle peut (accidentellement) engendrer une action, comme l'action contre le tiers-détenteur ou la caution lorsque l'obligation a été renforcée d'une hypothèque ou d'un cautionnement, mais encore qu'elle empêche la répétition d'un paiement fait par erreur. » Il nous faut rejeter cette explication, parce que l'expression du jurisconsulte (avec *si* et *cum*) indique des cas distincts d'obligation, et non des effets différents d'une seule et même espèce d'obligation. Ensuite il faut remarquer que le caractère et la dénomination de la *naturalis obligatio* ne lui viennent pas de ce qu'elle tire une force accidentelle d'une hypothèque, d'un cautionnement, ou d'un paiement (fait par erreur); mais si ces événements peuvent se joindre à elle en général, quand même par le fait ils ne s'y joindraient pas, c'est simplement parce qu'elle est susceptible de servir de base certaine à de tels moyens de sanction.

Pour achever cette recherche terminologique, il faut encore mentionner les expressions em-

par certains auteurs : si actio aliqua earum nomine non competit (Hotoman, obs., Lib. 3, C. 2). — Puchta, Pandekten,

§ 237, note c, est en substance d'accord avec nous sur l'interprétation que nous venons de défendre.

ployées par beaucoup d'auteurs, qui divisent tout le domaine des obligations en ces trois classes : *mere civiles, mere naturales, mixtæ*. Au premier abord on pourrait croire que cette terminologie est en conformité parfaite avec les idées que nous avons exposées. Car moi aussi j'ai soutenu cette proposition, que les obligations de beaucoup les plus nombreuses et les plus importantes dérivaien^t du *jus gentium*, et étaient en même temps reconnues par le *jus civile* (par conséquent *mixtæ*), mais que de chaque côté de ces deux grandes masses, on trouve deux classes qui présentent jusqu'à un certain point un caractère exceptionnel : celles qui dérivent du *jus civile*, étrangères au *jus gentium* (*mere civiles*); et, d'autre part, celles qui prennent leur origine dans le *jus gentium* et ne sont pas reconnues par le droit civil (*mere naturales*). — Cependant il faut rejeter tout à fait cette terminologie; d'abord sans doute parce que les expressions employées sont complètement étrangères aux jurisconsultes romains, mais aussi parce qu'à cette division se sont liées maintes erreurs, qui portent sur le fond même des choses, et qu'il importe encore plus de rejeter absolument, que cette terminologie moderne et formée à plaisir.

En effet, on a l'habitude de supposer tacitement liés à cette division les deux systèmes de droit,

jus civile et gentium, qui seraient placés l'un à côté de l'autre sans dépendance ni relation entre eux. Mais en fait il faut regarder ces deux droits comme ayant l'un sur l'autre une influence réciproque, et formant par leur réunion un tout pratique. Cette opposition se manifeste dans les applications importantes qui suivent.

Pour parler d'abord de ce qu'on a appelé les *obligationes mere civiles*, il serait faux de croire que les règles du *jus gentium* n'aient eu sur elles aucune influence. La stipulation *spondes spondeo* appartenait sans aucun doute à cette classe. Si cependant elle était la suite d'un dol, la *doli exceptio* appartenant au *jus gentium*, la paralysait aussi sûrement que si le dol avait déterminé un contrat du *jus gentium* (s).

La même liaison se manifeste aussi à un autre point de vue, où elle est encore plus souvent méconnue. Les lois qui défendent l'usure ou le jeu sont toutes positives et complètement étrangères au *jus gentium*. Néanmoins il serait tout à fait faux d'admettre une *naturalis obligatio* dans les

(s) Cette règle est clairement reconnue dans les textes suivants: L. 42 § 1 de O. et A. (44, 7). « Creditores eos accipere debemus qui aliquam actionem vel civilem habent, sic tamen ne exceptione summoreantur, vel honorariam actionem, vel in factum. » L. 10 de V.

S. (50, 16). « Creditores accipiendo esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione vel persecutione, vel jure civili, sine ulla exceptionis perpetuae remotione, vel honorario, vel extraordinario. » Cf. plus haut, note f.

contrats défendus par ces lois. Au contraire, le *jus civile* empiète à ce point sur le *jus gentium*, que les effets de ce dernier sont paralysés, et ainsi la loi positive elle-même est reconnue par les règles du *jus gentium* (t). Cependant cette idée a encore besoin d'une détermination plus précise. Il n'est pas vrai de dire que toute règle du droit positif ait pour résultat d'empêcher l'existence d'une *naturalis obligatio* en opposition avec elle, et ses effets (sans doute incomplets). Il faut, au contraire, restreindre cette conséquence aux lois qui présentent une nature restrictive et toute positive. J'ai déjà tenté de déterminer d'une manière précise cette classe de lois à un autre endroit et dans un autre but (u). Aussi trouvera-t-on dans l'exposition suivante des cas isolés de *naturalis obligatio*, qu'une règle contraire du droit civil n'empêche pas d'exister et de produire certains effets, pourvu que cette règle ne porte pas en elle-même ce caractère de rigueur.

(t) Cf. *Système*, t. 1, § 22, page 116 (p. 112, trad.).

(u) *Système*, t. 8, § 349.

§ 8.

II. DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. CIVILIS ET NATURALIS OBLIGATIO. EFFETS DE LA NATURALIS.

La *naturalis obligatio* a été indiquée, sans autre développement, comme une obligation dépourvue d'action (§ 7). Si elle n'avait que ce caractère négatif, on ne pourrait certainement pas la considérer comme une obligation, c'est-à-dire comme la base d'une prestation forcée (§ 2). Aussi a-t-il fallu lui attribuer des effets positifs, que nous nous sommes bornés à présenter comme indirects et accidentels, en les opposant à la faculté de produire une action. Nous devons maintenant examiner successivement ces effets de l'obligation dépourvue d'action.

En général, on les exprime ainsi : l'obligation dépourvue d'action est susceptible de donner lieu à une prestation valable, lorsque les circonstances du fait sont telles qu'on peut se passer de l'action en exécution. Ce principe général est applicable dans les cas suivants, que nous devons, par suite, considérer comme les effets divers de la *naturalis obligatio*.

I. *Solutum non repetere*, Compensation,

Imputation sur le pécule, Obligations accessoires (cautionnement, constitut, hypothèque, novation) (a).

1. *Solutum non repetere* (b), ou en d'autres termes : Exclusion de la *condictio indebiti*.

Ce premier effet, qu'on présente le plus souvent entre tous, comme le caractère distinctif de la *naturalis obligatio*, a la signification suivante (c).

Lorsqu'un objet est livré dans l'intention d'éteindre une dette, cet acte produit, en règle générale, ces effets invariables : le débiteur est libéré de sa dette, et l'objet livré passe irrévocablement dans les biens du créancier.

Lors cependant que le premier de ces effets ne peut se produire, parce qu'il n'existait pas de dette valable, la question s'élève de savoir si le second effet se produira néanmoins.

Ici nous devons distinguer deux cas : Celui qui a livré a-t-il connu l'absence de toute nécessité juridique, et s'est-il cependant déterminé à livrer par des motifs spéciaux, par scrupule, point d'hon-

(a) A un point de vue général, ces effets ont déjà été présentés dans un autre endroit. Système, t. 5, § 250, 251.

(b) Des écrivains modernes emploient bien aussi l'expression : *soluti retentio*, qui sans doute n'est pas opposée au génie de la langue romaine (cf. par ex. les *retentio-*

nes ex dote); cependant les Romains ne l'emploient pas comme expression technique dans cette application spéciale.

(c) Ce point a déjà été expliqué ailleurs dans un autre but. Cf. Système, t. 3, Appendice VIII, num. XI; t. 5, Appendice XIV, num. VII.

neur, préoccupation de son crédit, etc.; alors la prestation demeure irrévocable, et la propriété de l'objet livré reste chez le détenteur à titre de donation. Celui qui a livré a-t-il au contraire supposé par erreur une dette valable, alors il peut répéter l'objet livré par la *condictio indebiti*, si bien que l'erreur est le fondement de cette condictio (d).

Il reste encore la question de savoir d'après quels principes, en cette matière, la dette doit, quant à la *condictio indebiti*, être considérée comme valable ou non. Puisque la condictio elle-même repose sur le *jus gentium*, il faut entendre l'idée d'obligation *naturaliter*; il suffit, par conséquent, même d'une *naturalis obligatio* pour exclure absolument la *condictio indebiti* (e). Assurément, cette proposition doit s'entendre d'un paiement fait par erreur, et principalement du cas où celui qui a payé croyait par erreur que l'obligation dépourvue d'action en était pourvue. En effet, lorsque, sans être dans l'erreur sur ce point, il a payé en connaissance de cause, l'irrévocabilité de la prestation n'est plus un effet positif de la *naturalis obligatio*: dans ce

(d) L. 1 § 1 de cond. ind. (12, 6), L. 53 de R. J. (50, 17).

(e) Les passages décisifs ont

déjà été rapportés plus haut, § 5, h, et § 7, i.

cas, n'y eût-il même aucune dette, le paiement ne pourrait pas être répété (note *d*).

La signification que nous venons de donner au *solutum non repetere*, comme étant l'effet positif, le premier et le plus général de la *naturalis obligatio*, est reconnue textuellement et directement dans beaucoup de textes (*f*). Il va de soi qu'on ne répète pas dans chacun de ces textes tout l'enchaînement d'idées que nous venons de développer, spécialement la supposition d'une erreur, dans les cas où cette circonstance doit avoir quelque influence sur la décision; partout il est sous-entendu.

Cette proposition est reconnue et précisée, dans d'autres textes, par le développement de l'idée inverse, que la *condictio indebiti* n'est applicable qu'en l'absence d'une *naturalis obligatio*, ou lorsque celle-ci, ayant existé, a été anéantie (*g*); toujours dans la supposition tacite que celui qui a livré l'a fait par erreur, et non avec connaissance de cause.

2. Compensation.

Dans le dernier état du droit existe ce principe

(*f*) L. 13 pr., L. 19 pr., L. 38 § 1, 2, L. 60 pr. de cond. ind., (12, 6), L. 3 § 7 quod quisque juris (2, 2), L. 50 § 2 de pecul. (15, 1), L. 10 de O. et A. (44, 7), L. 16

§ 4 de fid. (46, 1. V. plus haut, § 7, p. q), L. 5 § 2 de sol. (46, 3).
(*g*) L. 42 pr. de jurej. (12, 2), L. 38 pr., L. 41, L. 47 de cond. ind. (12, 6).

important et général, que tout débiteur peut opposer en compensation à son créancier ce que celui-ci lui doit de son côté, en supposant que les deux obligations portent sur des quantités, bien entendu sur des quantités de même espèce (argent contre de l'argent, froment contre du froment, etc...) Mais ce principe ne fut pas toujours en vigueur, au moins dans toute son étendue : il ne se développa et ne fut reconnu que successivement (*h*). Il avait pour base la simple *æquitas*, le *jus gentium*, et il était naturel qu'une telle opération pût embrasser non-seulement les obligations pourvues d'action, mais encore celles qui en étaient dépourvues. Cette application n'exigeait pas l'emploi d'une action : il suffisait d'une simple défense à l'action du demandeur, c'est-à-dire d'une simple exception.

En fait, une simple *naturalis obligatio* peut aussi bien qu'une *civilis* servir de base à la compensation ; c'est un point expressément reconnu dans nos sources de droit (*i*).

3. *Deductio* sur le pécule.

Quand un père de famille confiait un pécule à son fils ou à son esclave, et contractait ensuite

(*h*) Gaius, Lib. 4 § 61-63, § 30, 39 *J. de act.* (4, 6).

(*i*) *L. 6 de comp.* (16, 2). « Etiam

quod natura debetur, venit in compensationem. » *L. 20 § 2 de statulib.* (40, 7).

avec eux, il en résultait de véritables obligations réciproques, cependant simples *naturales obligationes*, c'est-à-dire sans droit d'action (*k*). Elles avaient pour effet de se payer tacitement par elles-mêmes, au moyen d'un simple calcul et d'une imputation. Ainsi ce que le fils devait à son père se payait de soi-même au moyen d'une diminution tacite du pécule : il en était de même de la dette du père, qui l'augmentait tacitement, absolument comme si l'un ou l'autre avait payé comptant (*l*). Pour produire cet effet, il suffisait d'une obligation dépourvue d'action : ce point est indubitable, puisque les rapports entre ces personnes ne pouvaient engendrer aucune autre obligation (note *k*).

Il nous reste à parler des effets qui dérivent des garanties accessoires à ajouter à l'obligation.

4. Cautionnement.

Pour rendre possible et complètement efficace une telle sûreté, on peut aussi bien concevoir une dette principale dépourvue, que pourvue d'action, en sorte que la caution est exposée à une action là même où le débiteur principal ne peut être actionné (*m*).

(*k*) Cf. *Système*, t. 2, p. 35, 36, 54 (p. 33, 34, 53. trad.).

(*l*) *L.* 9 § 2, 4 *de pec.* (15, 1), *L.* 38 § 1, 2 *de cond. ind.* (12, 6).

(*m*) *L.* 6 § 2, *L.* 8 § 3, *L.* 60 *de*

fid. (46, 1), *L.* 42 *pr. de jurej.* (12, 2), *L.* 50 § 2 *de pec.* (15, 1), *L.* 13 *pr. de cond. ind.* (12, 6), *L.* 7 § 1 *de exc.* (44, 1).

5. Constitut.

Tout ce que nous disons du cautionnement doit être étendu au constitut, et ses effets présentent même une plus grande variété, en ce sens qu'ils se réfèrent non-seulement au constitut qui a pour objet la dette d'autrui, mais encore à celui qui s'applique à la dette du constituant lui-même : ainsi toute dette par elle-même dépourvue d'action peut se transformer en une *civilis obligatio* au moyen d'un simple constitut, c'est-à-dire au moyen d'un pacte redoublé (n).

6. Droit d'hypothèque.

Une hypothèque ne peut être établie valablement qu'en supposant une obligation valable. Toutefois cet effet s'applique aussi bien à une obligation dépourvue que pourvue d'action (o) : ainsi le créancier, qui n'a aucune action personnelle contre son débiteur, acquiert par le moyen de l'hypothèque une *hypothecaria actio* contre tout détenteur du bien hypothéqué.

7. Novation.

Toute obligation peut être éteinte lorsque dans cette intention on met à sa place une autre obligation : ce qui se fait régulièrement en droit romain

(n) L. 1 § 7 de pec. const. (13, 5).
 « Debitum autem vel natura sufficit. »

(o) L. 5 pr. de pign. (V. plus

haut § 7, a), L. 13 pr. de cond. ind. (12, 6), L. 11 § 3 de pign. act. (13, 7).

par une stipulation. Cette transformation suppose, pour sa complète efficacité, une première obligation juridiquement valable : mais celle-ci peut être aussi bien une obligation dépourvue que pourvue d'action (p).

Un coup d'œil rétrospectif sur ces effets différents de l'obligation dépourvue d'action nous montre que dans tous les cas où de tels effets ont été produits par des circonstances accidentelles, le créancier peut en fait se passer de l'action personnelle : dans les trois premiers cas, parce qu'il a déjà effectivement obtenu l'objet de la dette par une autre voie (q) ; dans les quatre derniers cas, parce qu'un rapport de droit accessoire lui a procuré quelque autre action, qui produit le même résultat que l'action personnelle.

Nous devons maintenant envisager les effets que nous venons de réunir, en ce sens que toute *naturalis obligatio* est en règle générale capable de les engendrer ; de même on peut en principe conclure de ce que l'un de ces effets est reconnu, à

(p) L. 19 § 4 de don. (39, 5), L. 1 § 1 de nov. (46, 2). Ce dernier texte montre qu'il suffit même que la seconde obligation soit une simple *naturalis obligatio*. Cf. § 3 J. Quib. mod. obl. toll. (3, 29).

(q) Ce résultat est en partie la suite de la règle que la *naturalis obligatio* donne toujours lieu à une exception. L. 7 § 4 de pactis (2, 14), L. 94 § 3 de solut. (46, 3).

l'existence des autres, et par suite à l'existence de la *naturalis obligatio*. Cependant il ne faut pas admettre absolument et sans exception que tous ces effets soient toujours réunis. Au contraire, il est dans la nature propre de quelques-unes des institutions de droit dont nous nous occupons, de ne pas pouvoir servir de base à certains de ces effets. Nous allons en parler en traitant de chacun des cas de la *naturalis obligatio*.

§ 9.

II. DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. CIVILIS ET NATURALIS OBLIGATIO. CAS ISOLÉS DE LA NATURALIS.

Nous avons déjà remarqué plus haut que les obligations pourvues et dépourvues d'action ne doivent pas être considérées comme deux moitiés égales des obligations, mais qu'au contraire celles qui en sont pourvues forment la règle de beaucoup dominante, et celles qui en sont dépourvues une série d'exceptions à cette règle, fondées sur l'état d'imperfection de certaines obligations (§ 7). Il nous faut maintenant grouper ces dernières obligations; pour les unes, cet état dérive de leur origine; les autres y ont été réduites par un événement postérieur. Il va de soi que l'exposition

de ces cas peut, en grande partie, se rattacher aux développements plus complets qui suivront sur le droit des obligations, et ne servir ici que d'étude préalable.

Les sources de cet état d'imperfection se décomposent en quatre classes ainsi qu'il suit.

Défaut de formes du fait générateur de l'obligation.

Absence de la jouissance ou de l'exercice du droit.

Conséquence rigoureuse du droit civil, non reconnue par le *jus gentium*.

Résultats particuliers du droit des actions.

A. Défaut de formes du fait générateur de l'obligation.

1. Convention conclue dans la forme du *nudum pactum*, là où une stipulation aurait été nécessaire (a) ¹.

Que, dans ce cas, il n'y ait pas de droit d'action, ce qui constitue le côté négatif de la *naturalis obligatio*, c'est un point reconnu si clairement dans plusieurs textes, qu'aucun doute ne pouvait jamais s'élever à ce sujet (b). En revanche,

(a) La relation entre ces deux formes de convention, comme aussi les cas dans lesquels une stipulation est ou n'est pas nécessaire, ne peuvent être indiqués

qu'en traitant des conventions. En attendant, nous les supposons connus.

(b) L. 7 § 4 de pactis (2, 14).
« Nuda pactio obligationem non

¹ Cf. E. Machelard, p. 28 à 96.

l'existence positive de la *naturalis obligatio*, avec les conséquences pratiques exposées au § 8, exige une démonstration plus sérieuse.

Si nous considérons cette question à un point de vue général, surtout d'après la nature du *jus gentium*, nous pourrions reconnaître, sans aucun doute, l'existence d'une telle obligation. Car la libre volonté du débiteur de s'engager (§ 5) existe évidemment, et la forme arbitraire de la stipulation, qui est absente, n'étant fondée que sur une simple coutume nationale, est complètement inconnue au *jus gentium* (c). Cette proposition est également proclamée par les jurisconsultes romains en termes tout à fait précis (d).

parit, sed parit exceptionem. » (Qu'ici *obligatio* signifie *civilis obligatio* ou *actio*, c'est un point déjà démontré plus haut § 7, e, par la citation complète de ce texte. — L. 45 *ead.* « ad actionem... nudum pactum nulli prodesse potest. » L. 28 *C. eod.* (2, 3).

(c) Sans doute la stipulation, sauf une exception unique, était devenue accessible aux pérégrins, dans le but de faciliter les transactions, et en ce sens, elle avait été admise dans le *jus gentium* (§ 6. g). Mais ce n'était pas une raison pour enlever au pacte nu la force d'un engagement qui lui était inhérente d'après le *jus gentium*.

(d) L. 84 § 1 *de R. J.* (50, 17) (V. plus haut § 5, d). Les mots *cujus fidem secuti sumus* désignent directement le cas dans lequel les parties se sont contentées d'un pacte nu, sans recourir à la ga-

rantie plus sûre de la stipulation ; et c'est pour ce cas qu'on emploie ici l'expression : *natura debet*. — L. 1 *pr. de pactis* : « Hujus edicti æquitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare? » On ne peut pas exprimer plus clairement l'idée que le *jus gentium* donne une force obligatoire au pacte nu. — L. 95 § 4 *de sol.* (46, 3) (V. § 7, a). On dit ici expressément du *pactum* nu, que *vinculo æquitatis sustinetur*, c'est-à-dire sûrement par le *jus gentium*. — J'accorde une influence moindre aux passages qui disent que le pacte nu engendre une exception, comme la L. 7 § 4 *de pactis* (V. plus haut note b), et la L. 40 *de R. C.* (12, 1). Car d'un côté *exceptio* n'est pas l'expression exacte pour indiquer les effets positifs de la *naturalis*

A ces principes généraux se rattache la décision des Romains sur un cas isolé d'une importance particulière. Les intérêts d'une somme prêtée ne pouvaient être réclamés en justice qu'en vertu d'une stipulation (*e*) ; s'ils étaient promis par un pacte nu, il ne naissait aucune action. Cependant on reconnaît expressément dans ce cas l'existence d'un *naturale debitum* (*f*) ; en outre l'impossibilité de répéter les intérêts payés (*g*) ; enfin la faculté de garantir par une hypothèque valable un tel pacte d'intérêts (*h*).

Nous avons montré plus haut (§ 8) que ces deux conséquences étaient la marque certaine de l'existence d'une *naturalis obligatio*.

Cet effet du pacte nu avait aussi été reconnu de tout temps sans difficulté par la plupart des auteurs. Mais récemment il a été contesté par plusieurs (*i*) ; c'est pourquoi cette question exige actuellement un examen plus attentif.

obligatio (§ 8), et d'un autre côté on peut considérer l'expression *parit exceptionem*, comme désignant la convention extinctive (*pactum de non petendo*), tandis qu'il n'est ici question que de l'origine de l'obligation.

(*e*) Cf. *Système*, t. 6, § 268.

(*f*) *L. 5, § 2 de sol.* (46, 3). «...si sint usurae debitae, et aliae indebitae... puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur.» (V. plus haut § 7, i). L'objection de Le-

lièvre, p. 21, qu'il ne serait ici question que de *naturaliter deberi*, et non de *naturalis obligatio* est sans aucun fondement : car *debitum* est synonyme d'*obligatio*, en ce sens qu'on ne peut concevoir l'un sans l'autre (§ 3).

(*g*) *L. 5 § 2 de sol.* (46, 3). «...ex pacti conventionione datae, repeti non possunt »... *L. 3 C. de pactis* (2, 3).

(*h*) *L. 11 § 3 de pign. act.* (13, 7), *L. 4, L. 22 C. de usuris* (4, 32).

(*i*) Lelièvre, p. 21. Meyerfeld, *Schenkungen* (Dona-

Le principe général que nous venons d'exposer a été contredit par Unterholzner de la manière suivante : Lorsque dans un État, par exemple à Rome, s'est introduite une forme positive de contracter, dans toute hypothèse, où les parties ont fait une convention en négligeant cette forme, le doute s'élève sur le point de savoir si leur intention de se lier a été sérieuse, et le doute sur ce point ne permet pas même la naissance d'un rapport d'obligation naturelle. — Mais par là la question est détournée des principes, et transportée dans le domaine du fait pur, qui présente la plus grande variété. Lorsque deux Romains faisaient un pacte nu oralement, c'est-à-dire dans des circonstances telles qu'ils auraient pu aussi facilement faire une stipulation, alors peut-être le soin bien volontaire de laisser de côté une forme aussi simple pouvait faire douter s'ils avaient voulu conclure dès à présent le contrat ou seulement le préparer. Il arrivera souvent que ce doute même sera complètement écarté par les autres circonstances, par exemple par l'exacte précision des expressions employées, ou parce qu'elles

tions), pages 344-346. Unterholzner, I, § 23. — Parmi les vieux écrivains, Giphanius, lect. Altorph., p. 571, 572, a défendu cette opinion, mais à l'aide

d'arguments bien faibles : notamment parce que, dans aucun texte du droit romain, il n'est dit expressément qu'un *nudum pactum* engendre une *naturalis obligatio*.

émanent de campagnards ignorants ou d'étrangers. Mais lorsque le pacte nu intervenait entre absents, par lettre et en des termes tout à fait décisifs, par conséquent, dans un cas où la stipulation était impossible entre les parties, alors le doute disparaît complètement. Ainsi cette objection ne peut en aucune façon diminuer la force des principes généraux sur lesquels repose mon système.

On dit encore que les textes cités sur l'obligation naturelle résultant d'un simple pacte d'intérêts ne prouvent rien. Ce serait là simplement une exception isolée à la règle, et cette exception se justifierait par l'équité naturelle qui exige que l'argent prêté produise des intérêts. — Mais ces textes n'ont nullement trait à une telle exception ni à cette prétendue équité : ils considèrent au contraire le *naturale debitum* et la possibilité d'y ajouter une hypothèque valable comme la simple conséquence du *nudum pactum* en lui-même, absolument comme s'il s'agissait d'un pacte ayant un autre objet, quel qu'il soit. Le sens que mes adversaires ont essayé d'attribuer à ces textes repose donc sur une interprétation tout à fait arbitraire et forcée, uniquement motivée par la nécessité de défendre une opinion préconçue.

Ces écrivains ont en outre invoqué deux principes positifs à l'appui de leur opinion :

D'abord la décision en vertu de laquelle le débiteur, qui à l'interrogation du stipulant n'a pas répondu oralement, mais seulement par un signe de tête, n'est pas même lié naturellement (k). N'y a-t-il pas cependant ici certainement un *nudum pactum*? — C'est précisément ce dernier point qu'il faut nier. Le stipulant avait l'intention de conclure une stipulation, et pas autre chose; accepter l'efficacité douteuse d'une *naturalis obligatio*, c'était certainement bien loin de sa pensée, et il préférerait peut-être répudier un engagement aussi imparfait. Il ne subsiste donc rien qu'un essai infructueux de stipulation, et pour le *nudum pactum* le consentement du créancier fait défaut.

Secondement, on se fonde sur les contrats innommés. La simple convention d'échange, dit-on, constitue un *nudum pactum*: si cette convention engendrait le *solutum non repetere*, la partie qui a la première livré sa chose ne serait pas admise à la réclamer, puisqu'elle aurait exécuté sans retour possible sa *naturalis obligatio*. Or, les textes accordent formellement cette répétition au moyen de la *condictio ob causam datorum*: ainsi

(k) L. 1 § 2 de V. O. (45, 1).
« Si quis ita interroget: dabis? responderit: quidni? et is utique in ea causa est, ut obligetur. Contra si sine verbis adnuisset. Non tan-

tum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est, non obligari pro eo nec fidejussorem quidem. »

la convention d'échange n'a pas fait naître une *naturalis obligatio*.

Cet argument, certainement très-spécieux, ne peut être complètement réfuté que dans l'exposition systématique des contrats innommés, et spécialement de leur histoire. Ici nous nous bornerons, en attendant, à présenter les remarques suivantes. Celui qui accomplit le premier une convention d'échange, livre non pas *solvendi*, mais *obligandi causa* pour provoquer une prestation réciproque. Toute la théorie de la *condictio indebiti* et du *solutum non repetere* doit donc être complètement écartée ici : cette théorie ne s'applique qu'au cas où l'on a en vue le paiement d'une dette qu'on croyait faussement exister, et ce n'est nullement le cas actuel. La partie qui a exécuté la première est complètement édifiée sur le rapport juridique en question, et c'est pour cela qu'elle ne peut pas répéter par la *condictio indebiti*, ce qui serait vrai même dans le cas où il n'existerait aucune obligation (pas même une naturelle). Elle répète, parce que la prestation réciproque sur laquelle elle comptait n'a pas encore été accomplie.

§ 10.

II. DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. CIVILIS ET NATURALIS OBLIGATIO. CAS ISOLÉS DE LA NATURALIS.
(suite.)

B. Absence de la jouissance ou de l'exercice du droit.

2. Rapports juridiques entre le père et le fils ¹. Les actes productifs d'obligations qui interviennent entre ces deux personnes rendent le père débiteur du fils et le fils débiteur du père. Mais cette obligation n'est pas productrice d'action (a), elle ne vaut que comme *naturalis obligatio*. Ici s'applique tout particulièrement l'extinction tacite par voie de diminution ou d'augmentation du pécule, résultat qui se produit de lui-même, sans la participation des personnes intéressées (V. plus haut § 8, n° 3).

3. Rapports juridiques entre le maître et son esclave ².

Ici s'applique la même règle qu'entre le père et

(a) L. 4, 11 de jud. (5, 1). L. 16 de furtis (47, 2). Cf. Système, t. 2, § 67.

¹ Cf. E. Machelard, p. 132 à 150.

² Cf. E. Machelard, p. 188 à 194.

le fils (*b*). Le maître peut, par suite de contrats, devenir débiteur de son esclave (*c*), et réciproquement. Ces deux rapports d'obligation sont dépourvus d'action, aussi bien avant qu'après l'affranchissement. Leur existence et leur efficacité juridique s'apprécient d'après les mêmes conditions de fait que celles de l'obligation pourvue d'action qui se forme entre hommes libres (*d*).

Comme effet de cette dette, nous trouvons le *solutum non repetere* (*e*) et, comme pour le fils, la diminution tacite du pécule (*f*).

4. Engagement d'un esclave vis-à-vis d'un tiers¹, (note *b*).

Ici existe encore une obligation dépourvue d'action, avec les effets positifs mentionnés plus haut. Sont spécialement indiqués le *solutum non repetere*, la compensation, la validité d'un cautionnement, d'une hypothèque, d'une novation, appuyés sur une pareille dette (*g*).

(*b*) Cf. Système, t. 2, § 65 et appendice iv (se rapporte à ce cas et aussi au suivant).

(*c*) L. 64 de cond. ind. (12, 6), L. 40 § 3 de condit. (35, 1).

(*d*) L. 49 § 2 de pec. (15, 1). « Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa cirili computandum est. » Il suit de là que le maître, par la simple mention sur son livre de compte qu'il est débiteur de son esclave, ne devient pas même débiteur *naturaliter*.

(*e*) L. 64 de cond. ind. (12, 6). Cette exclusion de la *condictio indebiti*, comme effet propre de la *naturalis obligatio*, ne peut se manifester qu'après l'affranchissement, auparavant on ne pourrait concevoir aucune action de la part du maître.

(*f*) L. 5 § 4 de pec. (15, 1), L. 9 § 2-8, L. 11 § 6-9, L. 15 eod., L. 30 pr. de act. emti (19, 1).

(*g*) L. 14 de O. et A. (44, 7), L. 50 § 2 de pec. (15, 1), L. 13 pr. de cond. ind. (12, 6), L. 20, § 2 de sta-

¹ Cf. E. Machelard, p. 156 à 188.

Dans ce cas l'esclave se distingue du fils, en ce que le *filiusfamilias*, vis-à-vis d'un tiers, peut contracter une dette munie d'action.

5, Engagement d'un impubère sans l'*auctoritas* du tuteur ¹.

Ce cas, depuis le temps des glossateurs, a été l'une des principales thèses controversées du droit romain; l'origine de cette discussion se trouve dans les textes contradictoires (en réalité ou en apparence) des anciens jurisconsultes. Pour préparer la saine intelligence de ces textes, il faut en faire précéder l'explication de considérations générales sur la capacité de l'impubère quant à l'exercice des droits, particulièrement au point de vue des obligations (*h*).

D'après le *jus gentium*, cette incapacité ne dépend que du développement des facultés personnelles de l'individu. S'il a l'intelligence de la nature du rapport de droit et de l'acte qu'il fait, il devient

ulib. (40, 7), *L.* 19 § 4 *de don.* (39, 5). *Gaius*, *Lib.* 3, § 119.

(*h*) Cf. *Système*, t. 3 § 107, 108, où ce point est traité en détail et systématiquement. — Parmi les auteurs modernes, qui ont écrit sur cette controverse, et qui citent un grand nombre de vieux interprètes, il faut mentionner les

suivants : *Glück*, t. 4, p. 62 et suiv.; *Weber*, p. 258 et suiv.; *Lelièvre*, *nat. obl.*, p. 54-60; *Rudorf*, *Vormundschaft* (Tutelle), t. II, p. 279; *Göschel*, *Vorlesungen* (Cours publics), § 438; *Vangerow*, I, § 279; *Puchta*, *Pandekten*, § 237.

¹ Cf. *E. Machelard*, p. 200 à 233, et *C. A. Pellat*, doyen de la Faculté de droit de Paris : *Textes choisis des Pandectes*, p. 203 à 217. Paris, 1860.

débiteur, et la fixation d'une limite d'âge, qui a toujours une nature essentiellement positive, ne peut servir de base à aucune distinction. Cette règle a été explicitement reconnue et consacrée en droit criminel, comme aussi dans les obligations résultant de délits, et encore dans les rapports obligatoires qui naissent d'un dol, et qui ont une nature délictueuse (note *m*). La controverse se restreint donc aux rapports obligatoires, où il n'est intervenu aucun dol.

C'est pour ces obligations que le *jus civile* a imaginé une protection artificielle, en soumettant l'impubère à l'autorité de son tuteur jusqu'à sa puberté, et en se référant ainsi à la limite positive mentionnée plus haut, sans tenir compte du développement des facultés de chaque individu. Cet état de dépendance présente, au point de vue des rapports obligatoires (spécialement de ceux qui naissent de conventions), la signification suivante. L'impubère peut acquérir une créance (*stipulari*) à lui seul; mais il ne peut devenir débiteur (*promittere*) qu'avec l'*auctoritas* de son tuteur (*i*).

En considérant plus attentivement la signification et le but de cette règle aussi absolue, on s'aper-

(i) *L. 9 pr. de auct.* (26, 8), *pr. J. de auct.* (1, 29) : dans ces textes

cette règle est présentée comme indubitablement établie.

çoit qu'elle tend uniquement à protéger le mineur contre un préjudice possible. Le développement naturel de cette considération conduit à cette autre règle, analogue dans ses résultats, que l'impubère peut aussi devenir débiteur sans son tuteur, lorsqu'il résulte des circonstances qu'il ne souffre aucun préjudice, par exemple lorsque l'opération juridique l'a enrichi (*locupletior factus*); dans ce cas on ne peut élever aucun doute sur la validité de son engagement, même sanctionné par une action. Cette règle importante est proclamée dans beaucoup de textes, et on ne trouve nulle part l'apparence d'une contradiction. Elle se présente notamment dans les applications suivantes.

L'impubère qui emprunte une somme de son tuteur lui-même, ou lui promet quelque chose par stipulation, devient son débiteur et peut être actionné par lui jusqu'à concurrence de l'enrichissement que lui a procuré l'opération (*k*).

Il en est de même par rapport aux tiers qui contractent un commodat (*l*) ou un dépôt (*m*) avec l'impubère.

(*k*) L. 5 pr. de auct. (26, 8). V. plus haut § 5, *h*. C'est précisément dans cette application qu'on pouvait surtout mettre en doute la possibilité d'une action, à cause de la participation intéressée du tuteur à l'opération.

(*l*) L. 1 § 2, L. 3 pr. comm. (13, 6).
(*m*) L. 1 § 15 depos. (16, 3) « ...si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum, et si dolus non intervenit. »

De même encore, lorsque l'impubère gère l'affaire d'autrui sans mandat, et s'enrichit ainsi (*n*) ; enfin, lorsqu'il nomme un *institor*, et qu'il est actionné par l'*institoria actio* (*o*).

A l'absence totale d'*auctoritas* doit être assimilée dans tous les cas une *auctoritas* imparfaite (*p*).

Dans quatre des textes cités ici (notes *k*, *l*, *n*, *p*), on indique comme servant de base à cette règle un rescrit de D. Pius. Maints écrivains modernes ont interprété ce rescrit en ce sens qu'il aurait établi pour la première fois cette règle et que celle-ci n'aurait pas existé avant lui et sans lui ; c'est certainement une idée fausse. Ce rescrit, comme tous les rescrits en général, n'a qu'un caractère de grande autorité, et n'a eu spécialement pour but que d'écarter l'erreur et le doute (*q*). Il faut en chercher le principe dans le développement naturel des conditions, dont le but spécial était de s'opposer à ce qu'une personne s'enrichît acci-

(*n*) L. 3 § 4 de *neg. gestis* (3, 5). « Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum D. Pii conveniri potest in id, quod factus est locupletior : agendo autem, compensationem ejus, quod gessit, patitur. »

(*o*) L. 9, 10 de *institut.* (14, 3). Voici quelques passages plus généraux, où ce même principe est reconnu. L. 8 § 15 *ad sc. Vell.* (16, 1). L. 66 de *sol.* (46, 3).

(*p*) L. 1 *pr. de auct.* (26, 8).

(*q*) Cf. *Système*, t. 1, § 24. A la vérité Ulpien dit dans la L. 3 § 4 de *neg. gestis* (3, 5). « Pupillus... post rescriptum D. Pii, conveniri potest » (note *n*) ; mais ce n'est là qu'une inexactitude d'expression, qui ne peut nous autoriser à admettre le contraire pour le temps antérieur. Il aurait seulement fallu dire que le rescrit ne laissait place à aucun doute.

dentellement et injustement du bien d'autrui (1).

La remarque suivante va nous convaincre que ce principe n'a jamais pu être complètement méconnu. Supposons un impubère actionné en vertu d'un prêt d'argent qu'il a contracté; toute la somme est encore entre ses mains (peut-être n'a-t-il encore fait que la confondre avec son propre argent, circonstance qui exclut la revendication), ou, en plaçant cet argent, il a acquis une créance sur un débiteur très-solvable, ou enfin il a acheté un immeuble d'une valeur au moins égale au prix qu'il l'a payé; dans ces cas, le tuteur ne peut repousser l'action dirigée contre le pupille, sans se rendre coupable d'un dol. Toutes les règles de la tutelle n'ont été introduites que pour protéger le pupille, et non pour lui procurer un bénéfice injuste aux dépens d'autrui.

En écartant de cette manière les cas dans lesquels le pupille s'est enrichi, il ne reste dans la controverse que ceux où il n'y a pas eu enrichissement, c'est-à-dire ceux où il serait obligé simplement en vertu de l'acte juridique auquel il a concouru à son préjudice. Il ne naît certainement pas ici d'obligation pourvue d'action; mais en

(1) Cf. plus haut § 5 h. — De plus, *Système*, t. 5. Appendice xiv. Num. 8. — Enfin *L. 14 de cond. ind.* (12, 6). « Nam hoc

natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores. » De même *L. 296 de R. J.* (50, 17).

naît-il une naturelle, dépourvue d'action avec ses conséquences propres? Telle est précisément la question.

Nous avons déjà observé plus haut que la limite de la puberté, arbitrairement fixée comme instant où l'individu est capable d'exercer ses droits, s'appuie sur une disposition toute positive, et est étrangère au *jus gentium* (s). De là, comme conséquence, on peut affirmer l'existence d'une *naturalis obligatio* avec ses résultats particuliers (§ 8).

Parmi les jurisconsultes romains, les uns résolvent la question négativement, les autres affirmativement.

Deux seulement se sont prononcés pour la négative, mais en termes très-décisifs : Licinius Rufinus et Nératius. Le premier dit (t) : *Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur*. Et le second (u) : *Quod pupillus sine tutoris auctoritate promiserit (et) solverit, repetitio est : quia nec natura debet*.

(s) Sans doute Gaius, Lib. 1, § 189, dit que l'institution de la tutelle existe chez tous les peuples et est ainsi *jus gentium*. Mais cette institution en elle-même qui enlève à l'impubère l'administration de ses biens pour la transporter au tuteur, diffère complé-

tement de l'incapacité juridique du pupille jusqu'à l'époque fixe de la puberté, et de la validité artificielle imprimée à ses actes par le complément de l'*auctoritas*.

(t) L. 59 de O. et A. (44, 7).

(u) L. 41 de cond. ind. (12, 6).

Tous deux nient très-catégoriquement l'existence d'une *naturalis obligatio*; le second, en admettant comme conséquence de cette négation le *solutum repetere*.

Ni l'un ni l'autre ne distinguent si l'impubère s'est enrichi ou non; on pourrait donc, d'après leurs expressions générales, les comprendre en ce sens que, dans le cas d'enrichissement aussi, il fallait écarter toute obligation, même naturelle. D'après les principes exposés plus haut, cette interprétation est inadmissible, surtout émanant du texte de Licinius Rufinus, qui n'a vécu qu'après le temps de D. Pius. On doit donc entendre ces textes des conséquences produites par le contrat même, abstraction faite des conséquences spéciales résultant de l'enrichissement qui a pu accidentellement se produire (en dehors du contrat).

La question est résolue affirmativement, dans un grand nombre de textes, précisément par les écrivains les plus autorisés du Digeste : Papinien, Ulpien, Paul.

Pour l'interprétation de ces textes, il faut faire cette remarque préliminaire : les uns reconnaissent directement l'existence de la *naturalis obligatio*; les autres, tel ou tel de ses effets caractéristiques; d'autres encore, l'un et l'autre à la fois. En outre, il y en a qui ne mentionnent nullement la circon-

stance de l'enrichissement (laissant ainsi, à s'en tenir aux textes, la question indécise), d'autres la nient positivement. On pourrait, dans l'interprétation des premiers, supposer tacitement un enrichissement. Alors il faudrait, d'après la doctrine exposée plus haut, toujours admettre une *civilis obligatio*; et si cependant, dans nos textes, on parle d'une *naturalis obligatio*, il faudrait rapporter cette expression non pas à l'effet de l'obligation, mais à sa source, terminologie moins usitée, qu'on ne doit pas admettre facilement sans motifs spéciaux (v).

Le contraste ressort très-clairement d'un passage d'Ulpien, déjà cité plus haut (u) et dont voici en peu de mots le contenu. Quand un impubère gère sans mandat les affaires d'autrui, il faut distinguer deux cas : il s'est enrichi ou ne s'est pas enrichi. Jusqu'à concurrence de son enrichissement, il peut être actionné (*in id quod factus est locupletior*); en tant qu'il ne s'est pas enrichi,

(v) Je fais cette remarque en passant, à propos de l'opinion de Puchta, qui, sur la question principale, arrive à dire que la controverse doit être résolue négativement, et que l'expression *naturalis obligatio*, employée dans plusieurs textes, doit être entendue d'une obligation pourvue d'action à raison d'un enrichissement (sous-entendu) : elle

ne serait appelée *naturalis* qu'à cause de son origine. Moi-même j'ai appliqué cette terminologie à l'explication de la *L. 5 pr. de auct.* (§ 5, h); mais dans cette loi cette acception était fondée, et même nécessaire, puisqu'il était expliqué dans le texte que l'obligation était pourvue d'action.

(w) *L. 3 § 4 de neg. gestis* (3, 5). transcrite plus haut note n.

l'opération en elle-même doit sans doute être prise en considération (*quod gessit*) comme base d'une obligation, mais sans qu'il en résulte d'action contre lui. Mais s'il veut dans ce cas réclamer ses déboursés, il doit souffrir la compensation pour le préjudice que ses actes ont causé à son adversaire (c'est là une conséquence de la simple *naturalis obligatio*, que du reste Ulpien ne mentionne pas expressément).

Tout aussi décisif est un passage de Scévola (x). Quand un pupille, sans l'adjonction de son tuteur, promet par stipulation de donner un esclave, et fournit une caution, il ne naît contre lui-même aucune action (*nulla petitio est*); mais la caution est tenue en vertu d'une action. Ce résultat est un signe certain de la *naturalis obligatio* (§ 8), de même que le refus de l'action contre le pupille indique sans aucun doute que, dans l'hypothèse de Scévola, celui-ci ne s'était pas enrichi.

Papinien, à son tour, cite le cas suivant (y) : un pupille contracte un prêt sans l'autorisation

(x) L. 127 de V. O. (45, 1).

(y) L. 95 § 2 de sol. (46, 3).

« ...non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequitur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet. Ce même texte, § 4, décide qu'un pupille (par ses contrats) fait naître contre

lui une *naturalis obligatio*, et en tire cette conséquence que l'extinction de la dette principale par pacte de remise ou serment anéantit *ipso jure* l'obligation, et libère ainsi la caution fournie par le pupille.

de son tuteur ; il meurt laissant pour héritier son créancier. Dans les rapports de cet héritier avec des tiers (par exemple, des légataires ou des fidéicommissaires), il n'y a pas lieu de rechercher si le pupille s'est enrichi par suite du prêt et jusqu'à concurrence de quelle somme, mais l'héritier fait entrer en compte toute la somme, comme une dette payée (par confusion). Evidemment l'engagement par lui-même, indépendamment de tout enrichissement, est ici reconnu comme *naturalis obligatio*.

On trouve encore dans Papinien le cas suivant (2) : un pupille contracte, sans son tuteur, un

(2) L. 25 § 1 *quando dies* (36, 2).
 « ...si *petitor* ad præsens debitum verba retulit, quia nihil ejus debet, nullius momenti legatum erit : quod si verbo debiti *naturalis obligationem et futuram solutionem* cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite conditio inserta sit : non secus ac si ita dixisset, Titio dato quod pupillus solverit. » Puchta (et d'autres avant lui) expliquent le texte par la possibilité de deux vues différentes chez le testateur, et par la nécessité d'interpréter le testament ; mais l'expression *petitor*, qui gouverne tout ce qui suit, ne peut être rapportée au testateur qu'en forçant le sens des mots ; car celui-ci n'est que *creditor* : pour être appelé *petitor*, il faudrait qu'il eût intenté, ou au moins préparé une action ; aussi est-ce tout à fait arbitrairement que Godefroi propose la correction : *testator*. Mais au contraire il est question de l'intention différente et de la résolution

du légataire, qui pourrait dès maintenant essayer une action et à ce point de vue être nommé exactement *petitor*. — Du reste, on peut être d'avis différent sur l'explication possible de cette difficulté ; mais ce n'est pas là le point capital de notre texte. Il a pour objet essentiel la reconnaissance expresse d'une *naturalis obligatio*. Cependant Puchta cherche à sauver son interprétation, en prétendant que cette expression n'était pas prise ici dans son sens propre et juridique, mais dans un sens purement de fait, à savoir, dans le sens d'une convention apparente qui n'avait aucune conséquence juridique, mais qui, plus tard seulement, pouvait acquérir une efficacité accidentelle par un paiement fait en connaissance de cause. Mais il faut rejeter une telle interprétation, si elle n'est fondée sur aucune autre raison que sur la nécessité de sauver une opinion préconçue.

prêt qui ne l'enrichit pas. Le créancier lègue cette créance à Titius. Si Titius veut considérer le legs comme un *nomen legatum* ordinaire, et agir contre l'héritier, il sera écarté, puisqu'il n'existe pas de dette actuelle qui puisse lui être cédée. Mais le legs n'est pas dénué d'effet, si le légataire le considère comme portant sur la *naturalis obligatio*, et, par suite, subordonné, dans son efficacité, à un paiement à faire dans un avenir incertain par le pupille (volontairement, peut-être même par erreur). Aussitôt que ce paiement a lieu, le légataire peut réclamer l'argent de l'héritier. — Ici, l'existence de la *naturalis obligatio* est textuellement exprimée, et reconnue dans un de ses effets les plus importants, le *solutum non repetere* (§ 8).

Ulpien dit qu'il suffit, pour qu'une novation s'accomplisse, que la stipulation qui intervient ensuite dans ce but soit valable ou *civiliter* ou *naturaliter*. Comme exemple du dernier cas, il mentionne la promesse du pupille, sans l'autorisation du tuteur (aa). Ici il est de la dernière évidence

(aa) L. 1 § 1 de nov. (46, 2). « qualiscumque obligatio...novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter; ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. » Ulpien dit encore ailleurs que la promesse unilatérale du

pupille engendre un véritable *debitum*, efficace en ce sens qu'il pourra plus tard servir de base à une novation valable en droit, si bien que la promesse n'aura pas le caractère d'une donation. L. 19 § 4 de don. (39, 5).

que le jurisconsulte suppose un contrat sans enrichissement; autrement, il serait valable *civiliter*; en outre, il est certain qu'ici le *naturaliter teneat* ne peut pas signifier que l'obligation a son origine dans le *jus gentium*, mais qu'elle n'a qu'une efficacité incomplète, puisque c'est à elle seule qu'on peut opposer d'une manière exacte une *promissio, quæ civiliter tenet*.

Paul dit dans le même sens : Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur *jure civili* (c'est-à-dire de manière qu'il en naisse une action (bb)). Et le jurisconsulte résout ainsi le cas suivant (cc) :

Un pupille contracte un prêt sans l'autorisation de son tuteur. Le créancier lègue à ce débiteur un esclave sous la condition qu'il acquittera sa dette. Si le paiement a lieu, son accomplissement produira un double effet ; il vaudra d'abord comme exécution de la condition, puis comme extinction de la *naturalis obligatio* (qui se trouve ainsi reconnue ici). Ce second effet dépend si peu du

(bb) L. 43 de O. et A. (44, 7). — Lorsque, ailleurs, le même Paul dit que le pupille, qu'un contrat de prêt a enrichi, ne peut pas répéter l'argent qu'il a rendu (L. 19 § 1 de cond. ind. 12, 6), il ne faut point en tirer un *argument a contrario*; sinon Paul se mettrait en contradiction avec lui-même. Cf. note cc.

(cc) L. 21 pr. ad L. Falc. (35, 2). On trouve une décision tout à

fait semblable de Marcien dans la L. 44 de sol. (46, 3). — Dans un autre texte Marcien reconnaît aussi qu'un prêt d'argent, fait à un pupille, engendre une véritable *naturalis obligatio*, qui, entre autres effets, est susceptible de passer à un fidéicommissaire avec toute l'hérédité du pupille. L. 64 pr. ad Sc. Treb. (36, 1).

premier, que, même dans le cas de nullité du legs, la somme payée ne peut pas être répétée (signe certain de la *naturalis obligatio*) (V. plus haut, § 8).

P o m p o n i u s résout ainsi le cas suivant (*dd*) ; Un pupille est actionné en restitution d'une somme qu'il a empruntée sans son tuteur, et sur le serment qui lui est déféré ; il jure *se dare non oportere*. Par là la *naturalis obligatio* se trouve éteinte, et s'il paie plus tard (par erreur) , il pourra répéter. Mais si le serment ne porte que sur le défaut d'*auctoritas*, et non sur la réception même des écus, la *naturalis obligatio* continue de subsister, et la caution fournie peut encore être actionnée plus tard. — On reconnaît donc ici indubitablement une *naturalis obligatio* résultant d'un simple contrat, et en combinant directement cette obligation avec les effets connus du *solutum non repetere* et d'un cautionnement valable, il s'ensuit que cette expression est nécessairement prise, dans son sens propre et ordinaire, comme synonyme d'obligation dépourvue d'action et non d'obligation pourvue d'action et dérivant du *jus gentium* ; ainsi le jurisconsulte suppose décidément un prêt sans enrichissement.

(*dd*) L. 42 pr. de jurejur. (12, 2). Dans le cas du premier serment, il est dit : « *naturalis obligatio hac pactione tolletur, ut*

soluta pecunia repeti possit ; » et dans le cas du second serment : « *hoc casu fidejussorem prætor non tuebitur. »*

Écoutons enfin G a i u s parlant d'un pupille qui a promis sans son tuteur. Il est, dit-il, *non obligatus* (à savoir *civiliter*), mais un *sponsor* peut valablement s'engager pour lui. De même il dit en un autre endroit que la promesse d'un pupille sans son tuteur est bien une *obligatio nulla* (à savoir *civiliter*), mais qu'elle peut cependant éteindre par novation une obligation antérieure (*ee*). Ces deux décisions supposent incontestablement une obligation dépourvue d'action avec les effets positifs que nous lui avons reconnus (§ 8).

Si nous embrassons maintenant d'un coup d'œil général cet ensemble de décisions, nous trouvons deux textes qui résolvent négativement la question controversée; beaucoup d'autres (émanant précisément des plus grands jurisconsultes) qui la décident affirmativement. Depuis les glossateurs, on s'est efforcé de ne voir là qu'une contradiction apparente, et de l'écarter par des distinctions. Ainsi, on a rapporté les décisions affirmatives à un âge plus avancé du pupille, les négatives à un âge moins avancé (*pubertati, infantia proximi*);

(ee) G a i u s, Lib. 3, § 119, 176. Ces mots *obligatio nulla est* ont été transportés textuellement de ce dernier passage dans le § 3

J. quib. mod. toll. obl. (3, 29), et doivent y être expliqués de même.

on a appliqué les premières aux tiers, les secondes au pupille lui-même. Ces tentatives de conciliation et d'autres analogues sont tout à fait arbitraires et sans fondement dans les textes mêmes : la plupart sont directement contraires aux cas juridiques présentés plus haut. Récemment¹ on a regardé comme généralement vraie l'opinion négative, en prétendant que la *naturalis obligatio* reconnue dans beaucoup de textes devait être entendue de cas d'enrichissement, et que l'expression se rapportait à l'origine de l'obligation, et non point à son efficacité (incomplète) (*ff*). J'ai essayé de réfuter cette opinion par l'explication des textes qui ont trait à la question.

Un examen sans parti pris conduit donc à cette conviction qu'il n'est pas possible en fait de concilier ces textes; mais qu'ils nous révèlent entre les jurisconsultes romains une controverse qui n'était pas encore éteinte de leur temps, et qui a par erreur trouvé place dans le Digeste. Dans la législa-

(*ff*) Puchta-Pandekten, § 237. écarter quelques-uns par une explication forcée, et il laisse les autres de côté.
Quant aux textes défavorables à cette opinion, il s'efforce d'en

¹ M. de Savigny semble oublier que l'opinion négative, adoptée par Puchta, avait déjà été professée et soutenue avec force par Cujas. V. notamment, tit. de V. O. ad leg. 127, si pupillus, t. 1, colonne 1246, edit. Neap. 1722; Quæst. Papin. ad leg. 25, § 1 si heres, quando dies leg., t. 4, col. 500; Quæst. Pauli ad leg. 21 si pupillus, ad leg. Falcid. t. 5, col. 1091-1092; tit. de O. et A. ad leg. 59 pupillus mutuum, t. 8, col. 390.

tion de Justinien il nous faut préférer l'opinion affirmative; non-seulement à cause du nombre bien supérieur des décisions, mais encore parce que cette opinion compte parmi ses partisans les jurisconsultes romains les plus autorisés, et qu'elle a aussi en sa faveur les principes du droit romain (note s). La plupart des auteurs modernes ont aussi adopté cette manière de voir (gg).

Cependant il n'est pas inutile de rechercher comment est née l'opinion négative de certains jurisconsultes romains. En faveur de cette opinion, on pourrait à un point de vue pratique présenter beaucoup d'arguments, et si la question était posée dans une législation moderne, elle pourrait bien être tranchée dans le sens de la négative. L'organisation positive de la tutelle doit avoir pour but la protection absolue des impubères contre leur inexpérience et leur faiblesse de caractère, qui pourraient les entraîner dans de notables préjudices, alors même que le développement de leur intelligence leur permettrait de bien comprendre les affaires auxquelles ils participent; et cependant cela suffit d'après les principes naturels (et par suite d'après le *jus gentium*) pour leur conférer

(gg) Rudorff et Goeschen. Voir plus haut, note h. Glück place aussi cette décision en première ligne; mais il retombe

ensuite à sa manière habituelle dans les distinctions de ses devanciers, et abandonne ainsi le bénéfice du principe qu'il a posé.

l'exercice de leurs droits. En appliquant ces idées aux contrats qu'ils ont conclus sans leur tuteur, il faut reconnaître que ce serait une demi-mesure, de les protéger uniquement contre l'action, et d'abandonner au hasard le soin de décider si les effets positifs de la *naturalis obligatio* ne leur feront pas cependant éprouver de dommage. Il serait donc plus pratique d'aller jusqu'au bout, de sacrifier jusqu'au résultat que nous venons de mentionner, et de refuser à leurs conventions même les effets d'une *naturalis obligatio*. Dans un cas tout analogue on est arrivé précisément à cette conséquence. Les intercessions des femmes sont paralysées par le *Sc. Velleianum*. Cette disposition est étrangère au *jus gentium* : et ainsi les principes mentionnés plus haut conduiraient à attribuer à ces intercessions la force d'une *naturalis obligatio*. Cependant on leur refuse les effets positifs de cette *naturalis obligatio* (hh).

Mais en revanche on ne se dissimule pas les dangers qu'engendre la situation des mineurs. Par suite de nouveaux développements, la restitution, qui à l'origine n'avait été introduite que pour les mineurs (pubères), a été étendue aux im-

(hh) L. 40 pr. de cond. ind. et d'autres textes.
(12, 6), L. 2 quæ res pign. (20, 3).

pubères (ii). Cette restitution servirait au besoin de protection aux impubères pour le cas où la *naturalis obligatio* résultant de leurs actes pourrait leur occasionner quelque perte, par exemple : si la compensation mentionnée plus haut par Ulpien (note *n*) devait produire son effet contre eux.

Ainsi en est-il dans le droit de Justinien. Quant aux applications actuelles de ce principe, ce n'est point ici, mais dans la théorie de la tutelle qu'elles peuvent être recherchées ou établies. Il faut surtout observer que chez nous la distinction entre la tutelle et la curatelle des mineurs, et par suite le caractère propre de l'*auctoritas*, se sont évanouis. Les conséquences de ce changement, qu'on peut apprécier à divers points de vue, exigent une recherche attentive et sérieuse. Nous aurons également à nous demander si et de quelle manière on peut encore appliquer dans le droit actuel le rapport juridique que nous venons d'exposer.

6. Engagement d'un fils en puissance paternelle par suite d'un prêt d'argent, *Sc. Macedonianum*¹.

Dans ce cas il y a une *naturalis obligatio* (*kk*), en ce sens que l'exception résultant du sénatus-consulte n'est dirigée que contre l'action ; mais

(ii) Cf. Système, t. 7, § 322.

(kk) L. 10, L. 18 de *Sc. Mac.* (14,6).

¹ Cf. E. Machelard, p. 110 à 131.

du reste cette obligation peut produire ses effets contre le fils lui-même (soit avant, soit après la dissolution de la puissance paternelle), ou contre le père comme *actio de peculio*.

Ici se présentent encore les conséquences ordinaires de la *naturalis obligatio* (§ 8), d'abord le *solutum non repetere* (ll).

Ensuite la validité d'un cautionnement; cependant en principe, la caution, lorsqu'elle est actionnée, peut aussi invoquer l'exception; elle le peut dans tous les cas où elle aurait un recours contre le débiteur principal. Mais alors son engagement, comme celui du débiteur principal, a la force d'une *naturalis obligatio*; et si elle paie, elle ne pourra pas répéter (mm).

De même, une hypothèque garantirait valablement cette dette; seulement le détenteur a l'exception, comme la caution (nn).

Enfin, l'obligation peut aussi être novée valablement (oo).

Si l'on veut rechercher la base de cette disposition anormale, on aperçoit bien clairement que cette défense est, dans toutes ses parties, purement

(ll) L. 9 § 4, 5 de Sc. Mac. (14, 6), L. 26 § 9, L. 40 pr. de cond. ind. (12, 6), L. 14 de R. C. (12, 1), L. 19 de nov. (46, 2).

(mm) L. 9 § 3, 4, L. 10, L. 11, L. 18 de Sc. Mac. (14, 6).

(nn) L. 2 quæ res pign. (20, 3).

(oo) L. 19 de nov. (46, 2), L. 20 de Sc. Mac. (14, 6).

positive et étrangère au *jus gentium*. La même situation se représente dans le *Sc. Velleianum*, qui a avec le *Sc. Macedonianum* beaucoup d'analogie, et qui ne laisse cependant pas subsister de *naturalis obligatio* (note *hh*). Il paraît donc qu'on avait cru devoir se montrer moins sévère dans la défense de prêter à un fils de famille. D'ailleurs celle-ci s'appliquait indépendamment de toute idée de dol, d'usure, de dissipation ou de lésion préjudiciable au fils, ainsi même dans les cas où le créancier n'avait rien à se reprocher. C'est ainsi qu'on avait généralisé la disposition afin d'atteindre et d'écarter d'autant plus sûrement les cas où il y avait danger évident, peut-être culpabilité. Pour prévenir ces cas, le simple refus de l'action pouvait paraître suffisant; car un usurier se prêterait difficilement à une opération qui ne doit trouver une sanction bien accidentelle et incertaine que dans les effets de la *naturalis obligatio*.

•

§ 11.

II. DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. CIVILIS ET NATURALIS OBLIGATIO. CAS ISOLÉS DE LA NATURALIS (suite).

C. Conséquences strictes du droit civil non reconnues par le *jus gentium*.

7. Suivent maintenant quelques cas où les conséquences strictes du droit civil conduisent à une rigueur que repousse le besoin des affaires. Cette rigueur exige un adoucissement résultant de l'*æquitas* qui domine dans le *jus gentium*.

Mentionnons d'abord le cas où le créancier institué héritier par son débiteur, à charge par lui de restituer toute l'hérédité, a été, malgré lui, contraint de faire l'adition et la restitution, cas dans lequel la retenue du quart lui est interdite¹. D'après le droit strict, la confusion a éteint, *ipso jure*, la créance; mais ce résultat est évidemment contraire à l'*æquitas*. Aussi la créance doit-elle subsister comme *naturalis obligatio*, avec ses conséquences ordinaires. Un paiement accidentel et fait par erreur ne peut donc pas être répété; et si la dette a été garantie par une hypothèque, le créancier pourra plus tard la faire valoir, soit par voie d'exception, s'il détient l'objet hypothéqué, soit par voie d'action s'il ne le possède pas (a).

8. Nous trouvons un autre cas de même espèce, à propos de la *minima capitis deminutio*, dans le

(a) L. 59 pr. ad Sc. Treb. (36, 1).
« ...igitur non tantum retentio,
sed etiam petitio pignoris nomine
competit, et solutum non repete-

tur. Remanet ergo propter pignus
naturalis obligatio. » Pour l'ex-
plication du texte entier, Cf. Sys-
tème, t. 5, § 250, q.

¹ Cf. E. Machelard, p. 294 à 315.

très-ancien droit¹. Celle-ci (par exemple, dans le cas d'adrogation) libérait le débiteur de ses dettes. Mais, comme ce résultat contrariait évidemment l'*aquitas*, les dettes subsistaient comme *naturales obligationes* (b).

Ce principe a de bonne heure perdu en droit romain sa signification pratique. Cette libération fut considérée comme tellement contraire à la nature, qu'on admit contre elle une restitution illimitée, si bien que l'action perdue en elle-même reparaissait sous le nom d'une *fictitia actio* (c). Aussi la *naturalis obligatio*, avec ses effets spéciaux et limités, était-elle devenue inutile, et en fait elle avait disparu.

D. Rapports particuliers au droit des actions.

Absolution irrévocable, mais intervenue par erreur, d'un véritable débiteur². Que ce débiteur soit protégé contre toute action ultérieure par l'exception de chose jugée, ce point ne souffre aucune difficulté. En revanche, depuis les glossateurs

(b) L. 2 § de cap. min. (4, 5). « Illi qui capite minuuntur, ex his causis, quæ capitis deminutionem præcesserunt, manent obligati naturaliter. » — Aux cas de cette espèce (notes a, b) on peut appliquer l'expression remarquable qu'Ulpien emploie dans une

autre circonstance (L. 32 pr. de pec. 15, 1) : « Sed licet hoc jure contingat, tamen *aquitas* dictat, judicium in eos dari, qui occasione juris liberantur. »

(c) Gaius, Lib. 3, § 84. Lib. 4, § 38. Cf. Système, t. 2, § 70, m, o; t. 7, § 333.

¹ Cf. E. Machelard, p. 318-335.

² Cf. E. Machelard, p. 414-445.

jusqu'à nos jours, la question a été très-vivement controversée, de savoir si l'absolution laisse subsister une *naturalis obligatio*.

Pour m'expliquer sur la persistance de la *naturalis obligatio* (d), je dois d'abord faire remarquer que ses effets, à cause de la nature particulière de l'exception mentionnée plus haut, paraissent moins complets que dans la plupart des autres cas; c'est ce que j'ai déjà observé ci-dessus en terminant le § 8.

Pour la persistance de l'obligation naturelle, on invoque d'abord un principe général. La force juridique inattaquable d'une décision erronée se fonde sur une règle toute positive, et est étrangère au *jus gentium* (§ 5, i). Ce point est reconnu d'une manière indirecte, mais incontestable, dans un passage des Institutes, où l'*exceptio rei judicatæ* n'est pas, comme beaucoup d'autres, basée sur l'*æquitas* particulière au *jus gentium* (e).

(d) Cf. Système, t. 5, § 249, c, § 250, g. — Un texte qu'on fait souvent valoir dans cette question, la L. 8 § 1 *Itam rem* (46, 8), lui est en réalité étranger : il appartient à la péremption d'instance dont nous traiterons plus bas : ce sera le moment de l'utiliser.

(e) Dans les §§ 1-4 *J. de except.* (4, 12) on présente toute la série des exceptions telles que les *exc. doli*, *metus*, *pacti*, *jurisjurandi*, comme fondées sur ce motif :

quia iniquum est, eum condemnari; et en fait elles ont toutes pour base la *naturalis æquitas*, le *jus gentium*. Suit dans le § 5 l'*exceptio rei judicatæ*, à propos de laquelle on ne mentionne pas l'*iniquum*, évidemment pour la distinguer des précédentes : mais on dit simplement : *debes per exceptionem rei judicatæ adjurari* (Cf. Système, t. 5, § 249, c). — C'est tout à fait à tort que maints écrivains modernes ont compris ce passage des Institutes en ce sens

Sont encore plus décisifs plusieurs textes, qui; dans le cas dont nous nous occupons, tantôt affirment directement l'existence de la *naturalis obligatio*, tantôt présentent telle ou telle de ses conséquences spéciales.

De tout temps les deux partis se sont accordés à regarder comme le plus important de ces textes la décision suivante donnée par P a u l (f) sur un cas juridique particulier.

Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset. Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet; similemque esse ei dicit, qui ita promisit : sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur.

Je m'efforcerai en premier lieu d'établir le sens précis et incontestable des mots employés. Un véritable débiteur est actionné, il paie après la litis-contestation, mais avant le jugement, et il veut,

que sa principale force reposait sur cette expression : *nihilominus obligatio durat*. Car cette même expression se retrouve (avec des applications différentes) dans les paragraphes précédents, à propos d'exceptions, qui ne laissent évidemment pas subsister de *natu-*

ralis obligatio. Elle se rapporte surtout, non pas à cette persistance, mais au contraire à l'idée tout opposée de la différence qui sépare l'extinction *ipso jure* de celle qui s'opère *per exceptionem*.
(f) L. 60 pr. de cond. ind. (12, 6).

dans cet intervalle, répéter ce qu'il a payé. C'est cette répétition que lui refuse Julien (avec l'assentiment tacite de Paul). Le motif apparent de cette répétition, motif qui est supposé invoqué par le débiteur et qui est combattu dans le texte, est le suivant. Celui qui paie (par erreur) une dette, conditionnelle, peut répéter ce qu'il a payé : car pour le moment il n'y a pas encore de dette, et c'est seulement l'événement qui prouvera s'il y a eu véritablement dette ou non (g). Il semble qu'on doive placer sur la même ligne que le débiteur conditionnel ce défendeur qui a payé : car, s'il est condamné, il est débiteur ; s'il est absous, il n'est pas débiteur, et c'est actuellement un point tout à fait douteux et incertain que celui de savoir lequel des deux résultats se produira. Julien détruit cet argument spécieux par les considérations suivantes. L'absolution n'anéantit aucunement la dette : car le véritable débiteur (il est ici supposé tel) reste soumis, même après son absolution, à une *naturalis obligatio* (*natura debitor permanet*) ; et elle suffit pleinement pour exclure la *condictio* (h). Ce défendeur doit plutôt

(g) L. 16 pr., L. 18 de cond. ind. (12, 6).

(h) C'est sans nécessité aucune que maints auteurs compliquent la question en y mêlant celle de savoir si le fait du paiement n'a pas éteint même la *naturalis obli-*

gatio, et rendu par suite l'*absolutio* nécessaire. Julien ne recherche pas l'influence du paiement sur la dette existante : il se demande seulement si, en présence du paiement, et en en faisant abstraction, l'existence d'une

être mis sur la même ligne que celui qui a promis quelque chose sous deux conditions alternatives, qui sont la contre-partie l'une de l'autre. Car puisque l'une d'elles doit nécessairement arriver, il s'ensuit que la promesse, conditionnelle dans les termes, est en fait pure et simple.

De cette explication du texte, qui est en concordance exacte avec les expressions et la liaison intime des idées, résultent ces deux points : d'abord la persistance d'une *naturalis obligatio*, après l'absolution obtenue par un véritable débiteur; en second lieu l'exclusion fondée sur ce motif de la *condictio indebiti*, ce qui est toujours le signe le plus certain et l'effet le plus remarquable d'une véritable *naturalis obligatio*. Toute la marche des idées montre évidemment que Julien veut purement et simplement repousser la prétention à la *condictio*, fondée sur ce raisonnement; sans distinguer si le paiement a été effectué dès maintenant, pendant le procès (comme il le suppose) ou après l'injuste absolution du débiteur. Car, dans les deux cas s'applique également le principe *natura debitor permanet*.

Ces considérations résolvent déjà si complète-

dette véritable et certaine serait exclue par la simple considération d'une absolution possible. C'est la question qu'il se pose

pour pouvoir ensuite décider s'il y avait un *debitum*, ou un *indebitum solutum*, condition fondamentale de la *condictio indebiti*.

ment toute notre question, que nous n'aurions pas, à proprement parler, besoin des autres textes pour la fortifier. Cependant nous devons les examiner en détail, aussi bien que les arguments spécieux qu'on leur oppose.

Mais avant d'aborder ce double examen, il nous faut encore rechercher attentivement dans quelle situation Julien se plaçait en fait, pour résoudre le cas juridique qu'il se proposait. La situation qui se présente tout d'abord et le plus naturellement semble être la suivante : le défendeur, véritable débiteur, a reconnu pendant le procès l'injustice de sa résistance et a payé. Il s'en est immédiatement repenti, en réfléchissant qu'une absolution est toujours possible. Alors il veut exercer la *condictio indebiti*, et c'est elle que Julien lui refuse. — La dernière décision reste encore vraie dans ce cas ; mais les arguments proposés ne lui conviennent plus, et nous pouvons en conclure certainement que Julien ne peut pas avoir ainsi raisonné dans tout le texte sur une hypothèse aussi simple.

Lorsque le défendeur payait en parfaite connaissance de cause, il avait incontestablement l'intention de mettre fin à la contestation, en se désistant complètement de ses prétentions. Cet acte présente un caractère tout à fait analogue à celui de l'aveu

judiciaire et de la transaction (i). Dans tous ces cas, il ne peut jamais être question de la *condictio indebiti*; car l'intention directe des parties a été de terminer la contestation, et cette intention a produit son effet, lors même que la décision future aurait pu amener un résultat tout différent (k). Toute l'argumentation du texte ne peut nullement s'appliquer à cette idée. Car lors même que la décision absolutoire ne laisserait pas subsister de *naturalis obligatio*, la prestation ne serait cependant pas soumise à une répétition. La supposition d'une *naturalis obligatio* aurait donc été, dans la décision de ce cas juridique, tout à fait illogique et erronée. L'une des conditions essentielles de la condictio, la prestation par erreur (l), aurait toujours fait défaut dans ce cas, et il est complètement inutile de rechercher si l'obligation elle-même était imparfaite ou non.

Pour éviter cette contradiction profonde entre les circonstances que nous supposons et les motifs de la décision de notre texte, il faut admettre que Julien, dans le cas juridique qu'il résout, supposait un défendeur, qui n'avait pas sur la relation de droit la notion claire que nous avons supposée

(i) Système, t. 7, § 302, 303.

(k) L. 65 § 1 de cond. ind. (12, 6), L. 2 C. de transact. (2, 4).

(l) Système, t. 3, p. 360, p. 447 et s. (p. 361, p. 425 et s. trad.).

plus haut, et ne payait nullement dans l'intention évidente de mettre fin à la contestation. Ceci donne d'abord à penser que le défendeur avait été trompé par la fausse nouvelle d'une condamnation qui l'aurait déjà frappé. On peut encore supposer qu'il ne savait absolument rien de la contestation engagée; qu'il ne pouvait donc payer dans l'intention de la terminer, mais qu'il voulait simplement éteindre une dette qu'il reconnaissait. C'est à ce cas que conviennent parfaitement les motifs du texte. Mais il y a encore bien des manières de l'expliquer. Le débiteur originaire peut être mort immédiatement après la litiscontestation, et son héritier a payé la dette, qui lui semblait acquise, sans avoir connaissance du procès engagé. Ou le débiteur peut avoir contracté hors de son domicile, et ayant promis de payer au lieu du contrat, il a immédiatement constitué un mandataire dans ce lieu même pour le cas possible d'une contestation, et lui a donné le pouvoir de soutenir un procès, s'il y avait lieu (m). Le mandataire a effectivement engagé la litiscontestation, et le débiteur, sans en être informé, a payé à son domicile. C'est quelque cas de cette espèce que Julien a dû avoir présent à l'esprit, et peut-être l'avait-il exposé avec

(m) Cf. Système, t. 8, § 370.

soin dans le texte complet, sans qu'il nous en reste de traces dans l'extrait de Paul

A ce texte, si décisif s'en joint un autre tout à fait analogue et émanant également de Paul (n) :

« Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. »

Ici on exprime directement l'iniquité de l'absolution, qui dans le texte précédent avait été indiquée d'une manière non moins douteuse par les mots *verum debitorem* ; à cette idée le jurisconsulte rattache l'exclusion de la *condictio indebiti*, et reconnaît par conséquent la persistance d'une *naturalis obligatio*. L'unique raison de douter, très-souvent mise en avant, se trouve dans les mots : *sua sponte*, qu'on pourrait entendre ainsi : volontairement, et avec la complète connaissance de la vraie situation des choses, donc sans aucune erreur, si bien que cette absence d'erreur, et non pas la supposition d'une *naturalis obligatio*, serait le motif pour lequel la condictio devrait être refusée. Il faut cependant rejeter sans hésiter cette explication à cause des mots : *si male absolvit*, qui ne peuvent pas rester sans signification. Car lorsque le défendeur, à la suite d'une juste absolution, paie, sans erreur et en pleine

(n) L. 28 de cond. ind. (12, 6).

connaissance de cause, ce qu'il peut faire par bien des motifs divers (par exemple : par générosité, par compassion, par désir d'assurer son crédit, en voulant seulement faire reconnaître son droit) alors pareillement la condition est exclue, et la décision de Paul serait tout aussi vraie pour le cas : *si RECTE absolvit* (o) : il est donc complètement impossible que les mots : *si MALE absolvit*, aient été insérés dans le texte, s'ils avaient le sens que leur prêtent nos adversaires. Il ne reste plus qu'à expliquer à mon point de vue l'expression : *sua sponte*. Ces mots n'indiquent que la liberté d'action, sans faire allusion aux motifs du paiement ou à la connaissance que le débiteur a pu acquérir des faits. Ils n'ont en réalité pour but que de montrer clairement au lecteur la véritable situation. On pourrait, par exemple, être choqué de la circonstance qu'un défendeur absous ait payé. Celui qui est condamné, paie, parce que le juge l'y contraint, ou pour échapper à cette contrainte, mais toujours contre sa volonté ; on ne peut à vrai dire appliquer ces motifs à celui qui a été absous : car on doit toujours penser qu'il agit volontairement, même lorsqu'on

(o) *L. 26 § 3 de cond. ind.* (12, 6). « *Indebitum... accipimus... et si per aliquam exceptionem per-*

petuam peti non poterat : quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit. »

peut aussi bien supposer un paiement fait par erreur qu'en connaissance de cause.

Il nous faut encore observer qu'après l'injuste absolution du débiteur principal, le cautionnement intervenu antérieurement continue à rester valable, et qu'un nouveau cautionnement peut être fourni. C'est la conséquence du principe général, déjà mentionné, d'après lequel un cautionnement valable peut garantir même une obligation dépourvue d'action (§ 8, *m*). On trouve encore une reconnaissance indirecte et remarquable de cette validité dans un texte d'Ulpien (*p*), qui décide qu'un cautionnement peut être fourni dans le cours d'un procès; il en donne cette raison, que même dans une dette poursuivie en justice, il y a, outre l'élément civil, encore un élément naturel. Ce motif concorde d'une manière digne de remarque avec le texte de Julien expliqué plus haut: Ulpien veut dire par là: même au cas où le défendeur serait absous, et lors même que le cautionnement n'interviendrait qu'après l'absolution, l'élément naturel de l'obligation subsisterait, et suffirait

(*p*) L. 8 § 3 de *fid.* (46, 1). « Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio: et hoc et Julianus admittit; eoque jure utimur. » L'application du prin-

cipe au cas d'une absolution ultérieure n'est pas exprimée dans le texte (au moins tel qu'il est inséré dans le Digeste); mais elle existe pour le cas de condamnation.

pour maintenir le cautionnement. — Seulement l'efficacité de ce cautionnement est restreinte. Car, lorsque la caution est actionnée, elle peut se défendre par l'*exceptio rei judicatæ*, comme nous l'avons prouvé plus haut pour le *Sc. Macedonianum*; non pas certes dans tous les cas, puisqu'elle n'a pas été partie au procès, mais seulement dans ceux où elle aurait un recours contre le débiteur principal, qui verrait le droit résultant pour lui de son absolution anéanti, si on refusait l'exception à la caution (q).

Une situation analogue se rencontre pour le droit des hypothèques, quand le débiteur actionné personnellement a été absous. L'hypothèque conserve son efficacité même à côté d'une obligation dépourvue d'action (§ 8, o), même encore après une absolution injuste. Mais si l'*hypothecaria actio* s'exerce contre le débiteur, possesseur lui-même du bien hypothéqué, il la repoussera par l'*exceptio rei judicatæ*, et en ce sens on peut dire : *pignus liberatur*. Contre un tiers possesseur, au

(q) Dans la L. 7 § 1 de *except.* (44. 1) l'*exceptio rei judicatæ* est accordée à la caution, sans condition au moins en apparence; mais on assimile ce cas à celui de l'ex. *Sc. Macedoniani*; cette exception n'est donnée qu'à la caution qui a droit à un recours

(§ 10, mm). Nous sommes autorisés à étendre aussi la même restriction à l'*exceptio rei judicatæ* de la caution, soit à cause de la réunion déjà mentionnée de ces deux exceptions, soit à cause des motifs sérieux donnés plus haut dans le corps de l'ouvrage.

contraire, l'action n'est pas soumise à cette restriction (r).

Enfin mentionnons aussi la compensation comme s'appliquant au cas qui nous occupe. Il faut admettre qu'on peut opposer en compensation une créance, même après une injuste absolution; car toute obligation dépourvue d'action suffit à ce résultat (s). Si cependant le défendeur veut faire valoir la compensation au moyen d'une *doli exceptio*, elle sera paralysée par une *replicatio rei judicatæ*, résultat qui nous donne un nouvel exemple de l'efficacité très-restreinte de cette *naturalis obligatio* persistante; nous nous sommes déjà expliqués plus haut (à la fin du § 8) sur ces effets restreints.

Dans toute cette recherche, nous n'avons jus-

(r) Les textes principaux sont *L. 27 de pign.* (20, 1), et *L. 13 quibus modis pign.* (20, 6). Cf. *Système*, t. 5, § 250, g. — Quand on refuse l'exception au tiers possesseur, cette décision ne doit s'entendre que du possesseur qui n'a avec le débiteur aucun rapport de droit. Est-il seulement le successeur à titre particulier du débiteur, alors il a l'exception dans tous les cas. Cf. *Système*, t. 6, § 301, h, i.

(s) V. plus haut, § 8, i. — A la vérité, nous ne trouvons aucune preuve de la possibilité de cette compensation. Spécialement, on ne peut invoquer en ce sens la *L. 2 C. de comp.* (4, 31); car elle

peut être et a été en effet interprétée dans un sens différent. Voici l'explication qui est justifiée par l'ensemble des idées : « Celui qui a payé à la suite d'une condamnation passée en force de chose jugée, ne peut en aucun cas exercer la répétition (alors même qu'il voudrait prouver qu'il n'y a pas de dette); ni même faire valoir cette faculté de répéter comme moyen de compensation. Mais s'il n'a pas encore payé, et qu'il soit actionné en paiement par la *judicati actio*, il pourra, sans aucun doute, opposer en compensation une (autre) créance qui existe à son profit. »

qu'ici considéré les conséquences d'une injuste absolution que sous la forme qu'elles revêtent dans le droit de Justinien, à savoir, sous la forme d'une *exceptio rei judicatæ*. Mais, pour être complets, il nous faut encore jeter un coup d'œil retrospectif sur le droit antérieur. A cette époque, dans les cas les plus graves et les plus importants, l'absolution produisait un effet beaucoup plus énergique. Lorsque, par exemple, dans un *legitimum judicium*, la formule de l'action avait une *juris civilis intentio*, l'*exceptio rei judicatæ* était inutile, puisque, dès le principe, la litiscontestation et ensuite le jugement éteignaient *ipso jure* tout le rapport de droit préexistant (t). Le véritable débiteur, absous par erreur, avait donc été libéré *ipso jure*, et on se demande comment cet effet pouvait se concilier avec la persistance d'une *naturalis obligatio*. On pourrait supposer que, dans ce cas particulier, l'effet si énergique que nous venons d'attribuer au jugement anéantissait complètement même la *naturalis obligatio*. Bien que nous n'ayons pas de document sur cette question, cette supposition n'en doit pas moins être rejetée comme tour à tour invraisemblable. Car toute cette insti-

(t) Gaius, Lib. 4, § 106, 107, Lib. 3, § 180, 181. Cette forme plus stricte s'appliquait notamment à tous les procès qui s'agi-

taient dans la ville de Rome sur les prêts, les stipulations et d'autres contrats.

tution était au plus haut degré positive, bien plus encore que le maintien des décisions injustes ayant acquis force de chose jugée; elle était complètement étrangère au *jus gentium*, et nous pouvons admettre comme certain que, dans ces cas si rigoureux de l'ancien droit, la *naturalis obligatio* persistait, et que l'*exceptio rei judicatæ*, qui remplaçait l'extinction *ipso jure* dans toutes les instances autres que les *legitima judicia*, et qui subsiste seule dans le dernier état du droit, ne pouvait nullement différer en ce point de cette institution de droit strict.

Nous devons encore repousser avec plus de force l'opinion qui voudrait, pour l'ancien droit, introduire entre les deux formes de procédure une distinction en sens contraire; à savoir que, dans les instances de droit strict, le débiteur absous resterait soumis à une *naturalis obligatio*, tandis que dans les autres instances, traitées plus librement, elle aurait été anéantie par le jugement d'absolution. Une telle opinion contredit tout l'ensemble du développement naturel du droit. La procédure rigoureuse de l'ancien droit, dominée par la forme, aurait donc produit des effets moins énergiques et conservé plus de respect pour le *jus gentium*, que la procédure plus large de l'époque postérieure, sur le développement de laquelle la libre

interprétation des jurisconsultes n'avait pas pu rester sans influence !

Je reviens maintenant au point de départ de toute cette recherche, pour résumer l'opinion des autres auteurs sur notre controverse. Jusqu'à ces derniers temps, elle a été traitée avec beaucoup de zèle et de talent, et les deux opinions ont trouvé pour défenseurs des écrivains renommés.

Contre la persistance de la *naturalis obligatio* se sont prononcés : Vangerow, Pfordten, et Waechter (u) ¹.

Parmi ces auteurs, Pfordten a particulièrement mis au service de cette recherche un soin extraordinaire; il s'est surtout attaché à l'histoire des principes. Cet auteur, comme tous les autres, reconnaît que, dans nos sources de droit, la décision si claire et si explicite de Julien (note f) forme le point central de la discussion, et il cherche à en écarter la

(u) Vangerow, t. 1 (1839), § 173, où il cite beaucoup d'écrivains plus anciens. — Pfordten, im Archiv. für civil. Praxis, t. 24 (1841), p. 108-153, et

Pfordten, diss. de obligationis civilis in naturalem transitu (Lips. 1843), § 7. — Waechter Eroerterungen (Discussions), livraison 3 (1846), p. 27-34.

¹ Ajoutez E. Machelard, p. 417 à 437. Il nous semble, conformément aux idées de M. Machelard, que l'obligation naturelle, admise par M. de Savigny, est bien difficile à concilier avec le respect dû à la chose jugée. M. Machelard réfute d'une manière ingénieuse l'argument spécieux qu'on tire de la loi 60 de cond. ind., qui, selon lui, entend par *verus debitor* un débiteur dont la dette est incontestée, mais qui a été libéré à la suite d'un de ces accidents de procédure si fréquents en droit romain, tels que la plus-pétition.

force probante en faveur de l'opinion opposée à la sienne de la manière suivante (v). La *naturalis obligatio* doit certainement avoir subsisté dans les cas de l'ancien droit, où l'absolution éteignait *ipso jure* le droit antérieur du créancier (note t), mais non dans tous les autres cas. La décision de Julien doit être rapportée à un de ces cas : donc pour le dernier état du droit, dans lequel cette institution spéciale a disparu, elle n'a plus de signification. J'ai déjà cherché plus haut à montrer qu'il ne fallait attribuer à la distinction faite par l'ancien droit entre les cas où le jugement opérait *ipso jure* ou *per exceptionem*, aucune influence sur la persistance de la *naturalis obligatio*, et moins que tout autre, l'influence signalée par Pfordten (ce serait bien plutôt l'influence contraire). Mais même abstraction faite de cette considération, cette interprétation de l'opinion de Julien doit être complètement rejetée pour deux autres motifs : d'abord, parce que la supposition que le texte s'applique à un tel cas devrait y être introduite tout à fait arbitrairement, puisqu'aucun mot n'y fait allusion ; en outre, parce que nous serions forcés d'admettre que les compilateurs auraient, par suite d'une erreur difficile à expliquer,

(v) Pfordten, p. 140-153.

introduit dans le Digeste cette preuve de la persistance d'une *naturalis obligatio*, alors que de leur temps cette persistance ne pouvait plus se produire dans aucun cas.

Pour la persistance de la *naturalis obligatio*, et par conséquent pour l'opinion que j'ai défendue, se prononcent P u c h t a et F e i n (w).

Adoptent pour ainsi dire une position intermédiaire : K i e r u l f f et B u c h k a (x). Ils tiennent aussi pour la persistance dans le droit romain ; mais dans le droit moderne il devrait, d'après eux, en être autrement ; on ne voit pas bien comment ni pourquoi. Kierulff, en particulier, blâme les jurisconsultes romains d'avoir consacré la persistance, ce qu'il explique seulement par la difficulté qu'ils éprouvaient à abandonner les anciens principes de la république.

10. Prescription de l'action personnelle ¹.

Sur les effets de cette prescription, il a existé de tout temps une vive controverse. L'opinion qui a réuni le moins de suffrages est celle qui pré-

(w) P u c h t a , Pandekten , § 293. — E. F e i n , Archiv. , t. 26 (1843), p. 161-200, p. 359-400, où se trouve aussi une réfutation détaillée de Pfordten p. 376.

(x) K i e r u l f f , Civilrecht

(Droit civil), t. 1 (1839), p. 43. — B u c h k a , Einfluss des Prozesses (Influence de la procédure), partie 1 (1846), p. 315, suiv., partie 2, p. 200.

¹ Cf. E. Machelard, p. 450-511, qui, ici encore (spécialement p. 498), nous semble avoir réfuté victorieusement M. de Savigny.

tend (au moins dans certains cas) que l'obligation serait éteinte *ipso jure*, en y comprenant la *naturalis obligatio*. Presque tous les auteurs s'accordent à dire que la prescription éteignait l'action seulement *per exceptionem*, et la controverse se réduit (comme pour l'absolution intervenue par erreur) à la seule question de savoir s'il subsiste une *naturalis obligatio*. Je me suis déjà prononcé explicitement dans un autre endroit pour cette persistance (y), je ne puis donc ici, pour l'ensemble de la question, que renvoyer à ce développement. Il faut seulement la compléter par l'examen des motifs qu'a présentés un contradicteur récemment entré dans la lice (z). Pfordten admet le principe que j'ai posé, et d'après lequel la *naturalis obligatio* reste intacte, lorsque l'extinction de l'obligation n'est pas fondée sur le *jus gentium*; mais il soutient que précisément dans l'espèce la prescription y trouve son fondement. Aussi affirme-t-il que la *naturalis obligatio* est éteinte par la prescription, en exceptant les obligations fortifiées par une hypothèque. Pour démontrer que la prescription dérive du *jus gentium*, il s'appuie sur ce qu'elle a été introduite par le préteur, qui sui-

(y) Système, t. 5, § 248-251.

(z) Pfordten, § 6 de l'ou-

vrage latin cité dans la note u.

vait les règles du *jus gentium*. — Ces motifs sont tout à fait insoutenables, je m'explique : La prescription de l'action ne peut pas dériver du *jus gentium*, puisqu'elle a une nature tout arbitraire, toute positive, comme toute règle dont l'application porte sur des rapports de nombres (aa). On peut encore objecter que, chez les Romains eux-mêmes, les actions les plus nombreuses et les plus importantes ne furent soumises à aucune prescription jusqu'au temps des empereurs chrétiens : il leur était donc impossible de la considérer comme une institution commune à tous les peuples civilisés. — En outre, on ne peut soutenir que la prescription des actions ait été inventée par l'édit du préteur. Les préteurs n'ont restreint dans le délai d'une année que l'exercice des actions introduites par eux-mêmes (ce qu'ils pouvaient faire comme ils l'entendaient) : ainsi toutes les actions civiles, c'est-à-dire les plus nombreuses et les plus importantes, tiraient leur prescription non point de l'édit, mais des lois de l'empire, c'est-à-dire du droit civil. — Enfin, même en l'absence de ces motifs, cette opinion devrait encore être rejetée, parce que c'est une erreur complète d'identifier le

(aa) Les prescriptions ordinaires des actions varient depuis un an jusqu'à trente ans ; quelques-

unes ne durent que six mois, ou atteignent jusqu'à cent ans.

droit prétorien au *jus gentium*. Sans doute beaucoup de dispositions de l'édit sont sorties du *jus gentium* ; mais une grande partie de ce même édit n'a point cette origine (bb).

11. Péremption d'une action personnelle¹.

D'après l'ancien droit, toute action était perdue pour le demandeur, quand le procès avait duré un certain temps sans avoir été tranché par un jugement (cc). Cette règle était évidemment étrangère au *jus gentium*, et par suite devait laisser subsister la *naturalis obligatio*.

Cette persistance est aussi, d'une part, textuellement admise, d'autre part, reconnue dans ses effets les plus importants : notamment dans l'exclusion de la *condictio indebiti* et dans la persistance de l'hypothèque (dd).

12. *Jus iniquum*².

Lorsqu'un magistrat, investi de la puissance judiciaire, introduit un nouveau principe arbitraire

(bb) Contre cette identification du *jus gentium* avec le *jus honorarium*, j'ai déjà protesté à un autre endroit. *Système*, t. 1, § 22, p. 118 (p. 114, trad.).

(cc) *Gaius*, lib. 4, § 104, 105.

(dd) *L.* 8 § 1 *ratam rem* (46, 8). « ...quia naturale debitum manet. » — *L.* 30 § 1 *ad L. Aqu.* (9, 2). Dans ces deux textes, il est question d'un créancier « qui li-

tem amisit, » une fois aussi « quod litem tempore amisit. » Déjà cette alternative d'expressions montre que le *litem amittere* ne saurait désigner ici une absolution (que nous nommons à bon droit un anéantissement de la procédure), mais une péremption d'instance. Cf. *Système*, t. 5, § 249, d. Keller, *Litiscontestatio*, p. 158, 159; *Pfordten* (note u), § 5.

¹ Cf. E. Machelard, p. 364 à 380.

² Cf. E. Machelard, p. 512-513.

§ 11. NATURALIS OBLIGATIO. CAS PARTICULIERS. 111

de droit, il en doit souffrir l'application à son préjudice dans ses propres transactions à venir. Cette peine atteint aussi la partie qui, par ses propositions, a motivé cette injustice (*ee*).

Il en résulte, en autres conséquences, que ce magistrat, s'il a une créance fondée en elle-même, doit cependant se voir repoussé de sa demande. Mais ce préjudice, comme toute autre peine, est étranger au *jus gentium*, de sorte que cette dette subsiste encore comme *naturalis obligatio*, et si le débiteur paie, bien que par erreur, il ne peut répéter ce qu'il a payé par la *condictio indebiti* (*ff*).

§ 12.

II. DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATION. CIVILIS ET NATURALIS OBLIGATIO. CAS ISOLÉS DE LA NATURALIS (suite).

Suivent maintenant plusieurs cas, qui sont parfois indiqués aussi comme des cas de *naturalis obligatio*; ils n'en produisent cependant pas les

(*ee*) L. 1 § 1 *quod quisque juris* (2, 2).

(*ff*) L. 3 § 7 *eod.* « Ex hac causa solutum repeti non posse Julianus putat : *superesse enim naturalem causam, quæ inhibet repetitionem.* » — Cette peine n'est

jamais appliquée que l'*adversario postulante*. L. 1 § 1, L. 3 § 2 *eod.* Dans l'application ici mentionnée, il ne faut considérer l'action que comme paralysée *per exceptionem*.

effets dans toute leur plénitude, mais ils se bornent à en offrir quelques-uns en apparence.

1. Il faut d'abord y comprendre l'obligation d'une femme mariée, qui donne une dot à son mari, dans l'opinion erronée qu'elle y était obligée (par exemple, par contrat) ¹. Tout ce que la femme donne ainsi, elle ne doit pas, malgré son erreur, pouvoir le répéter, parce qu'elle est obligée naturellement à fournir une dot (a). On voit donc apparaître ici le *solutum non repetere*, dont l'étendue et les limites sont entièrement fixées par la prestation même. Mais il n'est pas question des autres effets, et en fait ils ne pourraient s'appliquer, à cause de l'in-

(a) L. 32 § 2 de cond. ind. (12, 6). « Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit. Sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. » Il est vrai qu'on ne trouve pas ici l'expression *naturalis obligatio* : on dit simplement : *pietatis causa*, mais la conséquence qu'on y rattache immédiatement, le *solutum non repetere*, se justifie, si cette expression désigne ici une *naturalis obligatio*. — Puchta (Cursus, t. 3, p. 66) nie dans ce cas et le suivant l'existence d'une véritable *naturalis obligatio*, et admet seulement un engagement de conscience ; la répétition amènerait donc, d'après lui, un résultat peu moral, que le droit ne saurait protéger. Mais ce résultat ne se produit pas toujours avec certitude : il dépend bien plutôt

des circonstances individuelles ; d'autre part, il y a bien des engagements moraux divers (*pietatis causa*), comme la charité, l'amour de la famille, et ainsi de suite, dans lesquels il est certain que le *solutum non repetere* n'a point lieu pour le cas de paiements faits par erreur. — Puchta semble attribuer trop d'importance à l'expression : *pietatis causa*, qui du reste ne se présente pas dans le cas suivant. — La *naturalis obligatio*, qui incombe à la femme pour la constitution d'une dot, doit être étendue au père de la femme, qui constitue une dot à sa fille par stipulation, dans la fausse croyance qu'il est débiteur de cette fille. L. 46 § 2 de j. dot. (23, 3). Un tiers aurait pu, dans le cas d'une pareille erreur, intenter aussi bien une action en libération qu'opposer une *doli exceptio*. L. 7 pr. § 1 de doli exc. (44, 4).

¹ Cf. E. Machelard, p. 282, note.

détermination de l'objet. Ainsi, par exemple, on ne peut concevoir que le mari, actionné par sa femme en vertu d'un contrat, ait l'idée de lui opposer en compensation cet engagement naturel. Car il n'est pas dit que la femme soit obligée à donner en dot toute sa fortune : on ne pourrait donc pas savoir jusqu'à concurrence de quelle somme le mari pourrait opposer la compensation.

Peut-être l'intérêt principal qui a fait admettre cette règle était-il d'exclure d'une manière certaine toute idée de donation. D'un côté toute donation entre époux était prohibée et regardée comme nulle ; d'un autre côté, la constitution de dot, spécialement de la part de la femme, semblait naturelle et désirable, qu'elle eût lieu avant ou pendant le mariage. On ne pouvait pas écarter plus sûrement cette contradiction apparente, qu'en admettant une *naturalis obligatio* contre la femme pour se constituer une dot, dont l'étendue reste indéterminée : par là toute constitution réalisée (même par erreur) était le paiement d'une dette, et l'idée de donation était entièrement écartée (b).

2. Les prestations de services d'un affranchi envers son patron présentent un caractère tout à fait analogue. Elles sont tantôt *fabriles* (travaux

(b) Cf. *Système*, t. 4, p. 53, 54, 82, 174 (p. 54, 55, 84, 178, trad.).

manuels ou intellectuels), tantôt *officiales* (services personnels). Des premières il n'en est pas question ici, mais bien des secondes qui ont trait uniquement aux rapports personnels du patronage, tandis que les premières sont de telle nature qu'elles pourraient être promises et fournies soit à un patron, soit à un étranger (c).

Le patron n'avait pas de droit d'action pour réclamer les *officiales operæ*, lorsqu'elles ne lui avaient pas été promises par contrat; mais il subsistait à leur égard une obligation dépourvue d'action. Son effet était d'empêcher l'affranchi, qui avait payé en nature dans la fausse croyance d'un contrat, ou qui s'était acquitté en argent, d'intenter la *condictio indebiti* (d). Les autres effets, comme la compensation, etc., ne pouvaient se produire par suite du même motif que j'ai fait valoir plus haut à propos de la dot, à savoir que l'objet de l'obligation, complètement indéterminé en lui-même, ne saurait être fixé que par la prestation effective; c'est seulement alors qu'il peut donner lieu à un effet juridique.

(c) L. 6, L. 9-12 de op. libert. (38, 1).

(d) L. 26 § 12 de cond. ind. (12, 6). « ...condicere eum non posse... *natura enim operas patrono libertus debet.* » Ici nous trouvons effectivement l'expression : *natura debet* (synonyme de

naturalis obligatio), qui manquait pour la dot (note a). Puchta, qui traite absolument de même les deux cas, est obligé d'admettre que l'expression est ici employée improprement, pour désigner un simple engagement de conscience.

3. *Actio de peculio.*

Lorsqu'à raison de la dette d'un esclave ou d'un d'un fils, le père de famille est attaqué par l'*actio de peculio*, il jouit du privilège de n'être contraint à payer que jusqu'à concurrence des valeurs que renferme le pécule (au temps du jugement). Mais, si volontairement il paie au delà, même par erreur, il ne peut répéter ce qu'il a payé (e). On pourrait être tenté de considérer cette décision incontestable comme un signe et une preuve d'une *naturalis obligatio*, c'est-à-dire d'une obligation incomplète et dépourvue d'action. Cependant un examen plus attentif doit faire rejeter cette idée.

Le père de famille qui donne un pécule veut par là s'obliger sans restriction pour toutes les opérations juridiques qu'entreprendra celui qui le reçoit; il n'examine pas quelle sera la valeur du pécule à telle ou telle époque. La restriction de la condamnation à la valeur du pécule porte donc non pas sur la dette elle-même, mais sur l'exécution actuelle; d'après le style de l'ancienne procédure, elle se place, non dans l'*intentio* (qui comprenait toujours la dette entière), mais dans la *condemnatio*: le défendeur n'évite donc une condamnation

(e) L. 11 de cond. ind. (12, 6).
« Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus,

quam in peculio est, solverit, repetere non potest. »

complète que par une exception dilatoire. Il ne résulte que, s'il survient plus tard quelque nouvelle valeur dans le pécule, la partie de la dette qui n'a pas été payée pourra être complémentai-
 rement réclamée (f), d'où la conséquence incontestable que la dette en elle-même a existé de tout temps et dans toute son étendue comme *civilis obligatio*.

Au premier abord, cette décision paraît en contradiction avec la règle, que la sentence du juge épuise le droit du créancier, même quant aux parties de l'objet en litige qui n'y ont pas été comprises (g): d'où on aurait pu faire découler une exception de chose jugée contre la nouvelle demande introduite pour réclamer ce qui reste dû. Il faut donc toujours entendre la première décision en ce sens que le jugement qui condamne à une partie de la dette réserve une action postérieure pour obtenir le reliquat. Cette restriction était-elle exprimée, et dans quels termes, c'est là une question secondaire et toute de forme. Dans la

(f) L. 30 § 4 de pec. « Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest. » A cette première idée se rattache cette autre, que la valeur du pécule s'estime au jour du jugement, et non au moment de l'introduction de l'action. L. 30 pr., L. 32 § 1 eod. — Quant à

l'influence d'une exception dilatoire sur une dette, cf. L. 55 de V. S. (50, 16). « ...qui autem temporalem exceptionem timet, similis est conditionali creditori. » — Cf. Système, t. 5, p. 175-177 (p. 188-191, trad.).

(g) Système, t. 6, p. 303 (p. 308, trad.).

procédure romaine, cette réserve aurait pu être effectuée de la manière la plus simple par une caution imposée au défendeur.

4. *Beneficium competentiae*.

Ce qu'on appelle *beneficium competentiae* engendre absolument le même rapport de droit que celui que nous avons déjà expliqué en détail dans l'*actio de peculio*. Si celui à qui appartient ce bénéfice, par exemple le défendeur à l'*actio pro socio*, a des ressources inférieures au montant de la dette, il ne sera condamné à l'acquitter que pour partie : s'il paie par erreur le total (par exemple, avec l'aide d'un tiers) il ne peut pas répéter ce qu'il a payé (h), ce qui donne encore à ce cas l'apparence d'une simple *naturalis obligatio*. Mais ce n'est là qu'une pure apparence, comme dans le cas précédent. La dette entière a toujours existé, même comme *civilis obligatio*, et c'est par une exception dilatoire que le défendeur a momentanément évité la condamnation pour le tout, et par suite l'exécution ; ainsi la différence qui sépare ce cas des autres actions personnelles ordinaires n'apparaissait dans l'ancienne procédure que dans la *condemnatio*, et non dans l'*intentio*. Qu'il en soit ainsi en fait, c'est ce qui résulte incon-

(h) L. 8, 9 de cond. ind. (12, 6).

De même dans d'autres cas, il est question d'actes qui sont exécutés par point d'honneur, ou pour obéir à une coutume ou à quelque scrupule. A cette classe appartient le cas où un héritier acquitte en totalité les legs ou les fidéicommiss mis à sa charge, alors que, d'après les principes généraux du droit, ou même d'après l'ordre du défunt, il pourrait leur faire subir une réduction (l). Il serait tout à fait faux d'appliquer ici l'idée d'une *naturalis obligatio* avec ses conséquences spéciales (§ 8). Au contraire, ces cas présentent une nature juridique particulière d'une tout autre espèce. On veut, en effet, en invoquant ces motifs, écarter l'idée d'une donation, et par suite rendre inapplicables les règles spéciales aux donations (m).

Il y a encore plus d'importance à repousser la *naturalis obligatio*, admise par beaucoup d'auteurs, dans les cas nombreux où quelques lois positives d'une nature stricte s'opposent à la naissance d'une obligation. Comme de telles prohibitions sont étrangères au *jus gentium*, beaucoup d'auteurs ont admis l'existence et les effets d'une *naturalis obligatio*, sans prendre garde

(l) L. 5 § 15 de don. int. vir. (24, 1), « plenius officium fidei præstandæ. » L. 2 C. de fid. (6, 42), « cum ex conscientia relictæ

fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur. »

(m) Système, t. 4, p. 83, 84 (p. 85, 86, trad.).

que toute loi de cette espèce doit aussi être reconnue par le *jus gentium* dans chaque cas isolé. Nous avons déjà signalé plus haut l'erreur de cette doctrine (§ 7, *t, u*). A cette classe appartiennent les obligations dérivant de contrats usuraires, de dettes de jeu, de contrats passés par un prodigue, et les transactions extrajudiciaires sur des aliments (*n*), etc.

L'application de cette règle importante dépend, pour la classe de lois que nous venons de mentionner, de la détermination précise de leurs limites. Dans la plupart des cas, ces limites seront évidentes. Mais il y a, près de ces mêmes limites, des cas douteux, où toute la difficulté consiste à rechercher exactement l'intention particulière de la loi qu'on considère, puisque ni l'idée de loi positive, ni l'idée de loi absolue ne suffisent pour nous éclairer (*o*). A ce point de vue il est facile d'expliquer pourquoi le *Sc. Macedonianum* laisse subsister, en dépit de sa prohibition, une *naturalis obligatio*, tandis que le *Sc. Velleianum* n'en laisse subsister aucune (*p*).

Remarquons encore en terminant que, dans cer-

(*n*) *L. 8 pr. § 17 de transact.*
 (2, 15), *L. 8 C. eod.* (2, 4).
 (*o*) *Système*, t. 8, § 349.

(*p*) *Système*, t. 5, p. 375, 379
 (p. 401, 405, trad.).

tains cas, les jurisconsultes romains avaient mis en doute et controversé l'existence d'une *naturalis obligatio*, et son efficacité comme base d'un cautionnement ou comme moyen d'éteindre par novation une obligation valable (q).

§ 13.

II. DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. CIVILIS ET NATURALIS OBLIGATIO. CAS ISOLÉS DE LA NATURALIS (suite).

Pour arriver à bien concevoir dans leur ensemble les cas de *naturalis obligatio* que nous venons de traiter, il est nécessaire de se placer à un point de vue plus élevé, et de considérer attentivement les différentes espèces d'obligations valables et non valables.

L'état normal d'une obligation, qui est aussi le plus commun, consiste dans sa complète validité à tous égards, aussi bien quant au *jus civile* que quant au *jus gentium* : dans ce cas l'origine de l'obligation (§ 5) est complètement indifférente.

En opposition complète avec ce cas, nous trouvons celui de la négation absolue de la validité de

(q) Gaius, Lib. 3, § 119, 179.

l'obligation, aussi bien d'après le *jus civile* que d'après le *jus gentium*.

Entre ces deux extrêmes, se placent différents cas d'une validité incomplète; à ce propos nous avons à considérer les trois principes opposés qui suivent, indépendants l'un de l'autre, dont la confusion a donné lieu à de fréquentes méprises.

D'abord l'obligation peut être ou devenir inefficace, suivant que l'inefficacité a existé dès l'origine, ou n'a été produite que par un événement postérieur (a). Quant aux résultats de l'obligation, cette distinction est indifférente.

En second lieu, l'obligation pourvue d'action peut être ou devenir inefficace, soit *ipso jure*, soit *per exceptionem* (b). L'intérêt pratique le plus important de cette opposition se manifestait dans la procédure romaine, où le juge devait dans tous les cas prendre en considération l'*ipso jure*, et le *per exceptionem*, dans beaucoup d'actions, seulement quand c'était exprimé dans la formule; cet intérêt a disparu chez nous. Mais cette distinction s'appuie encore sur une opposition plus générale et plus profonde, qui même pour le droit

(a) Dans l'application de cette idée à la *naturalis obligatio*, qui est elle-même une espèce d'obligation incomplète (§ 7), Puchta, Pandekten, § 237, exprime ainsi sa pensée d'une manière très-

juste : Elle a son principe ou dans l'origine imparfaite, ou dans l'extinction imparfaite d'une obligation.

(b) Cf. Système, t. 5, § 225 à 228.

actuel est appréciable et importante, seulement avec cette différence que nous n'avons plus ces formes déterminées par lesquelles les Romains avaient eu soin d'établir une distinction facile et sûre entre l'un et l'autre cas (c). Le caractère de cette opposition générale et encore en vigueur est celui-ci : dans le cas de l'*ipso jure* il n'y a jamais eu de droit de créance; dans le cas du *per exceptionem*, au contraire, le débiteur a un droit inhérent à sa personne, celui de traiter le droit du créancier (qui existe en lui-même) comme s'il n'existait pas (d).

En troisième lieu, la cause, quelle qu'elle soit, qui empêche l'obligation de valoir, peut prendre sa source soit dans le *jus civile* seul, soit dans le *jus gentium* seul. Si elle tire son origine à la fois de ces deux droits, alors se représente le cas précédemment cité de la négation absolue de l'obligation.

(c) L'engagement résultant d'une stipulation devait-il, dans l'intention des parties, être détruit *ipso jure* ou *per exceptionem*, l'emploi de l'acceptilation ou du pacte nu offrait un moyen facile et sûr de le reconnaître. Nous sommes réduits aujourd'hui à interpréter moins sûrement cette volonté dans chaque cas isolé.

(d) Cf. *Système*, t. 5, p. 157,

158 (p. 168, 170, trad.). — C'est à tort qu'on confond souvent cette opposition avec celle du droit civil et du droit prétorien (attendu que beaucoup d'exceptions appartiennent entièrement au droit civil); c'est aussi à tort qu'on avance que le défendeur devait invoquer l'inefficacité *per exceptionem*, et qu'il n'avait pas besoin d'invoquer celle *ipso jure*.

En jetant un coup d'œil rétrospectif sur ces oppositions, nous distinguerons les cas suivants, dans lesquels l'obligation, au lieu d'être régulière et valable à tous égards, nous apparaît comme imparfaite sous un certain rapport.

A. Une obligation pourvue d'action (*civilis obligatio*) peut être restreinte dans son efficacité *per exceptionem*, et cela de deux manières :

1. D'abord sans la coopération du *jus gentium*, si bien qu'elle conserve une efficacité positive comme *naturalis obligatio*.

2. En second lieu, avec la coopération du *jus gentium*, si bien qu'elle n'a pas même d'effets comme *naturalis obligatio*.

B. Une *nulla jure civili obligatio* peut présenter ce caractère :

3. Soit sans la coopération du *jus gentium*, si bien qu'elle a une efficacité positive comme *naturalis obligatio*.

4. Soit avec la coopération du *jus gentium*, si bien qu'elle n'a pas même d'effet comme *naturalis obligatio*.

De là dérivent quatre combinaisons, quatre classes de cas possibles, et on aperçoit immédiatement que tous les cas isolés et exposés plus haut de la véritable *naturalis obligatio* (§§ 9, 10, 11),

doivent trouver place dans la première ou la troisième de ces quatre classes.

I. *Civilis obligatio*, inefficace *per exceptionem*, mais laissant subsister une *naturalis obligatio* efficace. A cette classe appartiennent, dans la série exposée plus haut, les cas suivants :

Senatusconsultum Macedonianum (n° 6 du § 10).

Absolution intervenue par erreur d'un véritable débiteur (n° 9 du § 11).

Prescription d'une action personnelle (n° 10 du § 11).

Jus iniquum (n° 12 du § 11) (e).

Civilis obligatio, inefficace *per exceptionem*, et n'ayant même pas de valeur comme *naturalis obligatio*. A cette classe appartiennent toutes les obligations dont les actions sont paralysées par les *exceptio doli*, *metus*, *pacti jurisjurandi*, de même par l'*exceptio Sc. Velleiani*, cas dont il sera spécialement question dans ce paragraphe.

3. *Nulla jure civili obligatio* (f), mais laissant

(e) Sur cette circonstance que ce cas est placé ici parmi les droits d'actions repoussés *per exceptionem*, cf. plus haut, § 11. ff.

(f) Dans tous ces cas, il y a *nulla ipso jure obligatio*, c'est-à-

dire que la base d'une action quelconque fait complètement défaut, au lieu que dans les cas des deux classes précédentes, une action fondée en elle-même est paralysée *per exceptionem*.

subsister une *naturalis obligatio* efficace. A cette classe appartiennent, dans la série exposée plus haut, les cas suivants :

Nudum pactum (n° 1 du § 9).

Rapports entre le père et le fils (n° 2 du § 10).

Rapports entre le maître et l'esclave (n° 3 du § 10).

Engagement d'un esclave envers un tiers (n° 4 du § 10).

Engagement d'un impubère (n° 5 du § 10).

Restitution d'un fidéicommiss (n° 7 du § 11).

Minima capitis deminutio (n° 8 du § 11).

Péremption d'instance (n° 11 du § 11).

4. *Nulla jure civili obligatio*, n'ayant pas même de valeur comme *naturalis obligatio*.

Ces cas emportent toujours la négation absolue d'une obligation et de tous les effets qui y sont attachés.

A cette classe appartiennent les contrats d'un insensé ou d'un enfant.

De même les obligations, repoussées par des lois restrictives, dont il a déjà été traité plus haut à la fin du § 12.

Enfin les obligations éteintes, non point cependant dans tous les cas d'extinction, mais seulement par suite des modes d'extinction les plus

nombreux et les plus importants, comme le paiement, la novation, l'acceptilation, la confusion, etc.

Parmi ces quatre classes, nous devons encore à la seconde un examen plus attentif; car au sujet de sa nature on a commis diverses méprises que nous devons écarter ici.

Le premier point à établir est la limite entre cette classe et la première, dans laquelle l'exception qui repousse l'action laisse subsister une *naturalis obligatio* efficace. A quels signes pouvons-nous reconnaître si une exception a ce caractère de laisser subsister ou non la *naturalis obligatio*?

Un mode de délimitation très-répandu, et qui paraît même confirmé par maints passages des jurisconsultes romains, est celui-ci : il faut rechercher si l'exception a été introduite pour punir le créancier, ou au contraire pour protéger le débiteur. On doit rejeter cette opinion comme insoutenable (g).

Le véritable point de vue est plutôt celui-ci : quand l'exception est conforme aux principes du *jus gentium* (de la *naturalis ratio* ou de l'*æquitas*),

(g) Cf. sur toute cette question : Système, t. 5, § 249.

la *naturalis obligatio* elle-même est anéantie ; lorsqu'au contraire l'exception ne se fonde pas sur le *jus gentium*, mais sur les règles toutes positives du droit, la *naturalis obligatio* conserve son efficacité.

Cette délimitation trouve une justification décisive dans les raisons suivantes : d'abord dans la liaison intime, développée plus haut, entre la *naturalis obligatio* et le *jus gentium* (§ 7) : en second lieu, dans l'application qui en est faite accidentellement à des cas isolés, et qui s'explique facilement et incontestablement par ce principe, sauf l'unique restriction de l'*exceptio Sc. Velleiani*, cas dont il va être question à l'instant : enfin, en troisième lieu, dans le texte suivant de Julien (*h*), ou d'après Marcellus¹ il confirme directement cette délimitation.

Marcellus : Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab æquitate naturali abhorrentem.

Le sens est celui-ci. Un débiteur doit être considéré comme libéré de sa dette, non-seulement

(*h*) L. 66 de R. J. (50, 17) de Julien, liv. LX Digestorum.

¹ Julien florissait sous Adrien ; Marcellus sous Antonin et Marc-Aurèle : il faudrait donc supposer, pour que Julien pût citer Marcellus, qu'il a vécu assez longtemps pour écrire encore au moment où Marcellus publiait ses premiers ouvrages ; aussi la sincérité de ce texte nous paraît-elle fort suspecte.

quand elle est complètement anéantie (comme par le paiement), mais aussi quand il acquiert contre l'action du créancier une exception fondée sur une règle de droit. Ce dernier point n'est cependant vrai que pour les exceptions qui sont conformes à l'*æquitas naturalis* (au *jus gentium*), et non pour celles qui y sont contraires (i).

Julien veut donc dire : Lorsqu'à côté du *jus exceptionis*, acquis après coup, persiste une *naturalis obligatio*, le débiteur n'a pas encore cessé d'être *debitor* (k), puisqu'il subsiste toujours plusieurs effets importants d'un rapport d'obligation (comme, par exemple, dans le cas d'une action personnelle prescrite); au contraire, si l'exception est conforme au *jus gentium* (par exemple, *exc. pacti, jurisjurandi*), alors on ne peut plus en au-

(i) Que la *naturalis ratio* (c'est-à-dire l'*æquitas naturalis*) soit synonyme du *jus gentium*, en ce sens qu'elle en forme la substance, c'est ce qui est décidé directement dans la L. 9 de J. et J. (1, 1), et § 1 J. de j. nat. (1, 2), reproduit de Gaius, Lib. 1, § 1. — Cf. aussi Système, t. 1, p. 110 (p. 106, trad.).

(k) Le même Julien, auquel appartient le texte que nous citons, dit ailleurs que les *naturales debitores* pouvaient, à juste titre, s'appeler *debitores*, bien que seulement *minus proprie et per abusionem*. Cf. le texte transcrit dans le corps du § 7, à la note p, comme aussi les textes cités au

§ 7, notes f, g, h. La terminologie était donc en ce point quelque peu indéterminée et confuse. Aussi, lorsque dans plusieurs textes on dit : *creditor is est, qui exceptione (perpetua) summoneri non potest* (L. 55, L. 10 de V. S. 50, 16, L. 42 § 1 de O. et A. 44, 7), il faut expliquer cette expression absolue, en partie par la terminologie variable, dont nous venons de faire mention, en partie par cette circonstance que dans ces textes, en parlant d'*exceptio*, on avait surtout en vue celle fondée sur le *jus gentium*, comme les *exc. pacti, doli, jurisjurandi*, qui se présentaient d'ailleurs plus souvent que les autres.

cune façon lui donner le nom de *debitor*, pas même dans le sens impropre de ce mot.

L'explication ici présentée du texte que nous venons de citer, et en particulier de l'expression *exceptio justa*, doit encore être confirmée et complétée par l'examen de quelques autres textes se rapportant au même ordre d'idées. On dit qu'une action peut être *justa* (fondée en droit), mais cependant *iniqua* d'après les circonstances données : alors elle est repoussée par diverses *exceptiones* (l). Et on ajoute tout à fait dans le même sens, et se rapprochant encore plus de notre texte : Une *exceptio* pouvait être *prima facie justa*, mais en même temps *iniqua* ; alors on pouvait la repousser par une *replicatio* (m). On répète ensuite la même décision en termes tout à fait semblables à propos des dupliques et des tripliques (n). Ces textes, comme le nôtre, parlent d'une *exceptio justa*, qui n'est pas conforme au *jus gentium* (*iniqua, ab æquitate naturali abhorrens*). Il faut nécessairement compléter les propositions qui précèdent, de la manière suivante. Sans doute dans

(l) *Pr. J. de except.* (4, 13).

(m) *Pr. J. de replic.* (4, 14).
« Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia, quæ replica-

tio vocatur. » Presque textuellement conforme à Gaius, Lib. 4, § 126.

(n) § 1, 2 *J. de replic.* (4, 14), tirés de Gaius, Lib. 4, § 127, 128.

tous les cas de cette espèce, une *naturalis obligatio* doit continuer à produire ses effets à côté du *jus exceptionis* qui existe en réalité. Mais ces cas se distinguent les uns des autres, en ce que dans quelques-uns l'exception est paralysée par une réplique (o), ce qui n'a pas lieu dans d'autres cas.

Ainsi les *exceptio Sc. Macedoniani, rei judicatae*, etc., ne sont point paralysées par une réplique, parce qu'elles reposent sur des règles de droit positives, dont l'esprit conduit directement à admettre que l'action doit être et rester en fait paralysée par l'exception (p).

Nous avons déjà fait observer que l'*exceptio Sc. Velleiani* est en désaccord avec le principe ici posé : car elle est d'une nature aussi positive, et

(o) Dans Gaius et dans les *Institutes* on présente le cas d'une *pacti exceptio*, paralysée par la *pacti replicatio*, dérivant d'une convention postérieure. Il en est de même incontestablement de la *replicatio doli, metus, jurisjurandi*, lorsque le pacte de remise a été conclu par suite d'un dol ou d'une menace, ou lorsqu'il a été nié sur le serment déféré. — C'est tout à fait arbitrairement que Kierulff, p. 185, entend l'*exceptio non ab æquitate naturali abhorrens* d'une exception, à laquelle on ne peut opposer aucune *replicatio*. C'est aussi arbitrairement que Fein, p. 388, interprète l'*exceptio justa* de la même manière.

(p) On pourrait être choqué de nous voir traiter ici cette question avec tant de détails. Nous y avons été poussé par le désir de réfuter l'opinion contraire d'un écrivain de ces derniers temps. Fein, en effet (*Archiv.*, t. 26, p. 385 à 393), commence par louer ma délimitation fondée sur le *jus gentium*, puis il arrive à la rejeter pour proclamer cette règle différente, à ce qu'il pense, d'après laquelle il faudrait rechercher si l'exception est *ab æquitate naturali abhorrens*. Je crois avoir démontré que c'est simplement là une manière différente d'exprimer une seule et même règle. Buchka, I, p. 320, suiv., a parfaitement compris la chose.

aussi étrangère au *jus gentium* que l'*exceptio Sc. Macedoniani*, et cependant elle ne laisse pas subsister de *naturalis obligatio* (q). Sans doute on aurait cru la protection qu'on voulait accorder aux femmes intercédant pour autrui insuffisante, si on n'avait pas repoussé même tous les effets du cautionnement, indirectement attachés à la *naturalis obligatio*. Ainsi on créa en quelque sorte pour ce cas isolé un *naturalis æquitas* artificielle (r), et quelque étrange que paraisse cette décision au premier abord, au fond la conséquence est la même que lorsque des lois d'une nature restrictive s'opposent à l'application du *jus gentium* dans des cas isolés (§ 7, t, u, § 12, p).

Il faut encore rechercher, à propos des obligations de la classe ci-dessus mentionnée, par quelle expression technique on peut les distinguer des autres. La seule expression non équivoque est :

(q) Que cette obligation n'existe pas, et que notamment *solutum repeti potest*, c'est ce que dit expressément la *L. 40 pr. de cond. ind.* (12, 6), cf. *Système*, t. 5, p. 375, 379 (p. 401, 405. trad.). — Cependant cette protection accordée aux femmes a un caractère positif et de bonne police tout comme le *Sc. Macedonianum*; car l'incapacité des femmes

majeures pour intercéder est aussi étrangère au *jus gentium*, que leur incapacité (admise dans le très-ancien droit) pour tous les actes juridiques en général (cf. *Gaius*, Lib. 1, § 189, 190).

(r) *L. 2 § 2 ad Sc. Vell.* (16, 1). «...cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum... »

inanis obligatio. C'est ainsi spécialement que doit être appelée la stipulation, fondée sur une cause immorale, en ce sens qu'elle peut être complètement paralysée par une *doli exceptio* (s); de même aussi l'intercession d'une femme, à laquelle s'oppose l'*exceptio Sc. Velleiani* (t).

Une expression technique à rejeter est celle employée par plusieurs écrivains : *inefficax obligatio*. Sans doute, on trouve une fois désignée ainsi la stipulation, à laquelle on peut opposer une *doli exceptio*, et ce cas rentrerait en fait dans notre matière (u). Mais la même expression sert à désigner la stipulation conditionnelle, après que la condition a défailli (v), et ce cas n'appartient en aucune façon à notre étude, puisqu'alors l'obligation est complètement nulle, absolument comme si elle n'avait jamais été formée. Il convient d'autant plus de rejeter l'application à notre cas de cette expression, que dans beaucoup de textes l'action dérivant de la stipulation, à laquelle s'oppose une *pacti* ou *doli* ou *metus exceptio*, est appelée une *efficax actio* (w), évidemment en ce

(s) L. 8 de cond. ob. turp. (12, 5).
(t) L. 8 § 9 ad Sc. Vell. (16, 1),
L. 95 § 2 de sol. (46, 3). — N'est pas concluante la L. 24 mand. (17, 1), qui pourrait aussi s'appliquer à l'inefficacité d'une action par suite de l'insolvabilité du dé-

biteur. De même aussi la L. 39 de don. int. v. (24, 1), où les mots *inanis stipulatio* désignent une stipulation nulle.

(u) L. 13 de j. dot. (23, 3).

(v) L. 11 § 5 de receptis (4, 18).

(w) § 1, 3 J. de except. (4, 12).

sens que l'action, fondée en elle-même est seulement paralysée *per exceptionem*. Les expressions : *efficax* et *inefficax* désignent donc la validité ou l'invalidité à un certain point de vue, et laissent complètement indécise la question de savoir sur quelles bases et jusqu'à quel degré la validité ou la nullité doit être admise. C'est tout à fait dans le même sens indéterminé que l'expression *inefficax* est appliquée à d'autres idées de droit, par exemple, *inefficax traditio, decretum, sententia, pactum, legatum, ademtio*.

Donneau désigne les cas dont nous parlons par l'expression : *obligatio sine re (x)*, évidemment par analogie de la *bonorum possessio sine re*. Nous ne pouvons admettre cette expression comme technique, attendu qu'elle ne s'appuie pas sur les sources. Cependant le rapprochement qu'elle indique avec une autre institution juridique est exact et propre à en faire saisir la nature.

Enfin, il est nécessaire de mieux préciser encore la relation juridique que font naître les obligations de la classe que nous décrivons.

Comme ici l'action est repoussée par une exception, et qu'en même temps il ne subsiste pas de *naturalis obligatio*, on pourrait croire que ces

(*) Donellus, Lib. 12, C. 2, § 2.

obligations doivent être placées absolument sur la même ligne que celles qui sont complètement nulles. Mais elles s'en distinguent sous les points de vue qui suivent, et par suite desquels elles peuvent recevoir une efficacité accidentelle.

D'abord ces exceptions, comme toutes les autres, sont fondées sur le droit d'une personne déterminée; elles ne peuvent donc en aucune façon être invoquées par un tiers; à moins qu'il ne soit en relation juridique avec cette personne.

En second lieu, elles se fondent toujours sur un droit à elles propre, qui peut se développer indépendamment de l'obligation, et périr sans elle: en ce cas, l'obligation primitive reparaît dans sa complète efficacité comme droit muni d'action (y).

Enfin, en troisième lieu, l'obligation pourvue d'action pouvait devenir efficace, parce que le préteur négligeait d'insérer l'exception dans la formule, s'il s'agissait d'une action où le juge n'avait pas la faculté de prendre l'exception en considération en vertu de son propre pouvoir.

(y) *L. 95 § 2 de sol. (46, 3)*,
« incipit obligatio civilis auxi-
lium exceptionis amittere. » *L.*

27 § 2 de pactis (2, 14). Cf. Sys-
tème, t. 5, p. 157 (p. 168, trad.).

Toutefois, ces circonstances, par suite desquelles une telle obligation peut devenir efficace après coup, sont tout accidentelles et étrangères à son essence. Aussi l'*inanis obligatio* équivaut-elle à une obligation nulle, entre les personnes qui l'ont originairement contractée (z).

§ 14.

II. DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. CIVILIS ET NATURALIS OBLIGATIO. DROIT MODERNE.

Pour terminer, il faut rechercher l'état de la *naturalis obligatio* dans le droit moderne.

A combien de doutes, à combien d'erreurs cette matière n'a-t-elle pas donné lieu chez les juristes modernes ! Nous avons déjà exposé ce point plus haut à propos de plusieurs questions isolées. Mais plus dangereux encore étaient les faux principes qui dominaient naguère, et qui ne sont devenus plus rares que de notre temps.

Citons en première ligne la théorie d'après laquelle tout engagement dérivant du droit naturel

(x) L. 7 § 8 de dolo (4, 3).
« ...debere dici, quasi nulla actio sit, quæ exceptione repellitur, de dolo decernendam. » — L. 25 de V. O. (45, 1), « quia superior quasi

nulla sit exceptione obstante. » — L. 112 de R. J. (50, 17). « Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. »

devait, aussi en droit civil, produire un effet complet, lorsque ce dernier droit ne le prohibait pas, ou n'en altérerait pas l'efficacité. Elle avait pour base une complète méconnaissance des idées romaines sur le *jus gentium* (dans leur rapport avec la *naturalis ratio*): le *jus gentium* était aussi considéré par les Romains comme un droit positif, distinct seulement du *jus civile*, et cette distinction ne reposait que sur une base purement historique. — Citons encore la théorie différente en elle-même, quoique rentrant souvent dans la précédente, des engagements moraux (devoirs de conscience), auxquels la loi, çà et là, par caprice, avait attaché un effet civil (a).

La valeur de la théorie que nous avons exposée doit être en général reconnue dans le droit moderne, bien qu'une grande partie des cas cités plus haut ne puisse pas y rentrer par différents motifs (b).

Le pacte nu (n° 1) ne peut plus être cité comme engendrant une simple *naturalis obligatio*, puisque, dans le droit actuel, comme nous allons le montrer, il produit un droit d'action. Les rapports juridiques dérivant de l'esclavage (nos 3, 4) ont

(a) Cf. sur ces opinions naguère en vigueur : Puchta, Pandekten, § 237, note d,

(b) Telle est aussi l'opinion d'Unterholzner, I, § 9.

disparu chez nous, de même que la peine du *jus iniquum* (n° 12), comme étant un principe propre à la constitution romaine. La *capitis deminutio* et l'effet particulier qui y était attaché (n° 8), ainsi que la péremption d'instance (n° 11), étaient déjà hors d'application dans le droit de Justinien.

Parmi les autres cas qui subsistent encore aujourd'hui, la plupart sont d'une application très-rare, et offrent en conséquence peu d'importance pratique.

Les cas qui pourraient présenter le plus d'intérêt dans la pratique actuelle sont la prescription d'une action personnelle (n° 10), et l'injuste absolution d'un véritable débiteur (n° 9). Ce dernier cas ne présentait déjà en droit romain qu'une efficacité propre très-restreinte (§ 11). Mais les circonstances suivantes s'opposent à ce que ces deux cas soient appliqués chez nous d'une manière satisfaisante. Au milieu des nombreuses controverses entre les auteurs, il sera difficile aux juges de s'orienter sûrement dans cette application; aussi serait-il nécessaire qu'une bonne école propageât, plus qu'on ne le fait actuellement, la science des principes fondamentaux du droit. De plus, la perturbation a été jetée dans toute cette partie du droit par la disparition d'un très-grand nombre de cas, parmi lesquels se trouvaient pré-

cisément ceux qui pouvaient de préférence assurer à la *naturalis obligatio* une place parmi les connaissances juridiques vulgaires et accessibles à tous : je veux parler du pacte nu et des rapports dérivant de l'esclavage, qui, par leur application fréquente dans la pratique ordinaire de la vie, étaient de préférence connus et propres à se vulgariser.

Si nous embrassons ces considérations d'un coup d'œil général, il nous faut dire : Il n'y a aucune nécessité de changer sur ce point l'état de notre droit commun¹ par une législation nouvelle ; aussi bien il ne faut pas attendre de l'application de cette partie du droit une influence appréciable et salutaire sur la pratique des affaires. Là d'ailleurs où on pourrait trouver nécessaire ou utile d'introduire une nouvelle législation, c'est-à-dire en ce qui concerne la procédure, on peut à peine espérer qu'on adopterait ou qu'on maintiendrait cette institution d'après le droit romain : on préférerait sans doute, par des règles plus simples et plus facilement reconnaissables, fixer uniformément la pratique.

Mais le cas de beaucoup le plus important de

¹ Nous avons déjà averti le lecteur, dans la préface, que le *droit commun* dont on parle ici et dans plusieurs autres endroits est encore le droit romain du *Corpus juris civilis*.

l'application de la *naturalis obligatio* romaine, et qui exige encore aujourd'hui la plus sérieuse attention, est le cas du pacte nu ; non pas, à la vérité, en ce qui concerne l'application du droit commun, car, comme nous l'avons déjà fait remarquer plus haut, l'effet particulier du *nudum pactum*, opposé à la stipulation, a disparu chez nous ; mais dans les cas où une législation moderne impose quelque forme positive aux conventions, circonstance qui peut aussi bien se présenter dans les pays où le droit romain est encore entièrement en vigueur, que dans ceux où il a perdu son empire. Alors il y a nécessité urgente de rechercher attentivement, et de déterminer exactement les conséquences de l'omission de cette forme prescrite. On pourrait, dans ce but, utiliser avec succès la théorie du droit romain sur la *naturalis obligatio*, et résoudre par là le problème d'une manière satisfaisante. Mais si l'on veut, au lieu de s'en tenir simplement à ses dispositions, les remplacer par d'autres, il faut, pour chaque cas, se rendre compte des nécessités pratiques auxquelles on s'efforcera de donner satisfaction. Car si on laisse indécises les conséquences de l'omission des formes, ou si on ne trouve dans la loi que des prescriptions isolées, sans aucun caractère d'ensemble, et même con-

tradictaires, alors la pratique est inévitablement amenée à l'état le plus déplorable. Les juges, abandonnés à eux-mêmes, iront chercher à grand-peine quelque secours chez les auteurs qui ont écrit sur le droit commun, n'ayant d'autre guide que le hasard; et ils seront entraînés à suivre cette multitude de fausses décisions qu'on a données sur la théorie romaine de la *naturalis obligatio*, et que nous avons exposées plus haut.

Deux exemples vont expliquer et confirmer ces assertions. Le Code français exige pour toutes les conventions dont l'objet excède cent cinquante francs, un acte écrit, en l'absence duquel il n'est reçu aucune preuve par témoins, et par suite l'action doit être repoussée (c). C'est là un nouveau pacte nu (analogue au *nudum pactum* romain, opposé à la stipulation), mais on ne fixe, en aucune manière, les conséquences restreintes qui pourront en résulter. Ailleurs le Code accorde la répétition de l'*indebitum* qui a été payé (d), et à cette occasion il ajoute : « *La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées*¹. » Comme dans aucun autre endroit le Code¹, à ma connais-

(c) Code civil, art. 1341-1348.

(d) Code civil, art. 1235, art. 1376-1381.

¹ En français dans l'original.

sance, ne définit l'idée d'une *obligation naturelle*¹, on semble penser que le juge appliquera la théorie romaine sur la *naturalis obligatio*, quoiqu'à ce point de vue l'expression *volontairement acquittées*¹ ne soit pas heureusement choisie; car cette expression semble impliquer, de la part de celui qui exécute, la connaissance que la dette n'existait pas. Il n'est même pas invraisemblable (quoique cela ne soit exprimé nulle part) qu'on ait voulu considérer l'obligation résultant d'une convention verbale au-dessus de cent cinquante francs, comme une *obligation naturelle*¹, que le juge devrait en conséquence traiter comme les Romains traitaient le *nudum pactum*².

La législation prussienne contient beaucoup plus de décisions isolées, et cependant elle laisse subsister des doutes et des hésitations nombreuses.

En général elle prohibe la répétition de tout paiement, intervenant même à la suite d'un lien purement moral, d'un engagement imparfait (*e*).

(*e*) Allgemeines Landrecht (Droit national général), I, 16, § 178, 179. Ce passage doit être rapproché de l'Introduction, § 86, où il

est question des Droits incomplets, c'est-à-dire de ces droits qui ne produisent ni actions ni exceptions.

¹ En français dans l'original.

² M. de Savigny semble n'avoir pas bien compris l'art. 1341, et ne pas s'être préoccupé de la place qu'il occupe dans le Code. Cet article a uniquement trait à une question de preuve : l'obligation de

Cette décision est la conséquence des méprises des auteurs anciens sur la *naturalis obligatio* romaine, et conduit, si on la prend à la lettre, à ce résultat (bien difficilement admissible), que l'argent versé, par suite de la croyance erronée à une obligation, ne pourrait pas être répété, si celui qui a payé était engagé par charité ou reconnaissance à payer une pareille somme (par exemple, à prêter des aliments).

En outre, la législation prussienne a ordonné que toutes conventions dont l'objet est d'une valeur supérieure à 50 thalers¹ fussent constatées par écrit, ce qui donne aux conventions orales une nature analogue au *nudum pactum* romain (f). Cette prescription est plus rigoureuse que celle du droit romain, en ce qu'elle n'exempte pas de la nécessité de cette forme les contrats consensuels, pas même les contrats réels, à l'exception seulement du prêt (g).

(f) A. L. R., I, 5, § 131. L'origine de cette prescription est l'Ordonnance (encore plus rigoureuse) du 8 février 1770 (N. C. C., t. 4, p. 6669).

(g) A. L. R., I, 11, § 727. L'Or-

donnance de 1770, § 2, 6, n'avait pas même excepté le prêt (ce qui est à peine compréhensible): elle permettait seulement la revendication pour les pièces d'argent qui se retrouvaient en nature.

plus de 150 francs, non constatée par écrit, loin d'être naturelle, existe avec tous ses effets civils: seulement elle ne pourra être prouvée par témoins, mais bien par l'aveu ou le serment: l'écrit n'est exigé que *ad probationem*, et non *ad solemnitatem*, comme les paroles de la stipulation.

¹ 187 fr. 50 c. Le thaler ou écu de Prusse vaut 3 fr. 75 c.

Si nous nous demandons maintenant quelles sont les conséquences de l'omission de cette formalité, et par conséquent de la *naturalis obligatio* qui existe dans ce cas, on trouve cette décision, qu'il n'y a que l'exécution complète des deux parties, et seulement dans le cas de meubles, qui supplée au défaut de forme et prévienne toute difficulté, d'où il suit que l'exécution unilatérale, ou incomplète, ou appliquée à des immeubles, laisse toujours place à la répétition de l'objet livré (*h*). Mais il est encore bien difficile de concilier avec cette décision la règle plus générale, ci-dessus mentionnée, d'après laquelle l'existence d'un lien purement moral doit suffire pour exclure toute répétition (note *e*) ; car l'engagement moral d'accomplir une convention verbale pourra difficilement être révoqué en doute. Et même, dans un autre passage, la répétition de ce qui a été payé, appuyée sur le seul motif de l'omission des formes légales, est expressément refusée, et ce refus est précisément fondé sur l'existence de l'engagement moral (*i*).

Ainsi donc c'est à peine s'il est possible de re-

(*h*) A. L. R., I, 5, § 146, 147. La conséquence tirée de ce principe dans le texte est en partie reconnue, précisément § 161.

(*i*) A. L. R., I, 16, § 184, qui renvoie (très-logiquement) au § 178.

connaître dans cette théorie un enchaînement d'idées bien logique ; la pure application des principes du droit romain, exposés plus haut, aurait conduit à un résultat plus satisfaisant (*k*).

§ 15.

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. A. DÉTERMINATION DES PERSONNES.

Le troisième point qui, par rapport à la nature générale des obligations, demande à être précisé d'une manière plus exacte (§ 2), a trait aux personnes qui figurent dans l'obligation, et que nous avons désignées plus haut sous les noms de créancier et débiteur.

Plusieurs questions importantes, relatives à ces personnes, concernent non pas les obligations en général, mais seulement celles qui naissent de contrats ; au lieu d'en traiter ici, il nous semble plus convenable de n'en parler qu'à propos des contrats, qui forment la source la plus importante des obligations (chap. 2). Dans toute cette recher-

(*k*) Sur la manière dont cette doctrine est traitée dans la législation prussienne, cf. Koch, *Obligationen*, I, § 3, et Koch, *Preussisches Recht* (Droit prus-

sien), II, § 453, où les difficultés du droit prussien, dans cette théorie, sont démontrées par l'examen de cas pratiques.

che, le seul point qu'il nous reste à considérer ici se résout en deux questions :

A. Détermination des personnes;

B. Pluralité de personnes figurant dans l'obligation au point de vue actif ou passif.

A. La détermination des personnes parties dans l'obligation comme créanciers ou débiteurs doit être rattachée à la recherche plus générale déjà effectuée ailleurs sur les faits qui relient à des rapports de droit une personne déterminée (a)¹.

Comme dans tout rapport de droit en général, de même aussi dans les obligations, les sujets du droit sont mis en relation d'une manière régulière par un certain événement concernant un individu déterminé, c'est-à-dire par un fait actif ou passif de l'homme, qui s'applique directement à des personnes déterminées, et les fait reconnaître aussitôt comme sujets de l'obligation.

Mais à côté de ce rapport s'en trouve un autre détourné, plus artificiel, qui se fonde sur un cer-

(a) *Système*, t. 2, § 103.

¹ Ce paragraphe paraîtra sans doute assez obscur, en raison de cette circonstance, qu'il a trait en grande partie aux institutions du droit féodal, encore en vigueur dans plusieurs contrées de l'Allemagne.

tain caractère général, compatible avec la plus grande diversité d'individus.

Si nous appliquons ces considérations aux obligations, il se trouvera que ce rapport, moins commun, sera de préférence amené entre les parties par une certaine chose. Alors la propriété sur cette chose, ou quelque droit réel sur elle, ou sa possession, constituera le caractère propre à déterminer la position du créancier, ou celle du débiteur, peut-être même la position des deux sujets de l'obligation, bien qu'en eux-mêmes tous ces rapports de droit soient complètement étrangers à l'essence de l'obligation.

En droit romain, ce rapport artificiel n'offre ni une grande fréquence, ni une importance spéciale. Il trouve son développement le plus précis en matière d'usufruit, où il existe, à côté du droit réel, une obligation bien distincte entre le titulaire du droit et le nu-propriétaire (b). Cette obligation est indépendante du mode d'établissement de l'usufruit : on ne peut donc en aucune façon la considérer comme une suite de la convention qui avait pu donner naissance à l'usufruit. Elle s'applique au contraire à toute personne, titulaire à un instant quelconque de la propriété ou de

(b) Cf. spécialement le titre du Digeste : *usufr. quemadm. car.* (7, 9).

l'usufruit, alors même que des événements postérieurs (fût-ce la prescription) pourraient avoir amené un changement complet dans la personne des ayant droit primitifs. — Nous trouvons des rapports obligatoires analogues, se rattachant à la propriété d'une part et au *jus in re* de l'autre, dans l'emphytéose et l'hypothèque. — Une application plus éloignée de ce rapport artificiel se rencontre en droit romain dans les *actiones in rem scriptæ*, où la position de celui qui est à la fois débiteur et défendeur doit être considérée comme la simple conséquence de la possession d'une chose, c'est-à-dire d'un rapport, complètement étranger en lui-même à l'obligation, moitié de fait, moitié de droit (c).

Ce rapport artificiel a pris des proportions plus vastes et acquis une importance plus grande dans le droit allemand, notamment dans les *Reallasten* (charges réelles) et dans les *Bannrechten* (droits de juridiction)¹. Ici, la position, soit du créancier, soit du débiteur, soit même de l'un et de l'autre en même temps, se rattache à des ca-

(c) *Système*, t. 5, § 208.

¹ On sait qu'en Allemagne les terres se divisent encore en domaines allodiaux et féodaux : sur les domaines féodaux se sont conservés des droits seigneuriaux, analogues aux droits de rentes, de justice, etc., qui existaient en France avant 1789.

ractères tout à fait accidentels, étrangers à la nature de l'obligation, et cette position se transmet avec ces caractères à d'autres personnes, sans qu'on observe aucunement les règles édictées pour la transmission des obligations. Cependant ces relations juridiques sont et restent de véritables obligations, et leur caractère propre consiste uniquement dans la manière dont le droit ou l'obligation, ou tous les deux à la fois, se relie à des personnes déterminées (*d*). Leur nature véritable n'est obscurcie que par la terminologie de certains auteurs, qui parlent de droits réels subjectivement et objectivement; expressions qui sont même passées dans des législations modernes (*e*).

Parmi les cas dont la nature toute particulière a

(*d*) Quand un bien roturier doit payer une redevance annuelle en argent ou en grains, ou fournir certains services, ce sont là de pures obligations. Les mêmes obligations pourraient, en d'autres circonstances, prendre naissance entre des individus déterminés (et leurs héritiers). Mais ici elles doivent produire leur effet entre le propriétaire, quel qu'il soit, du bien auquel le droit est dû (comme créancier) d'un côté, et le propriétaire ou emphytéote, quel qu'il soit (comme débiteur), de l'autre côté, sans examiner par quel mode l'un ou l'autre a pu entrer en possession du fonds.

(*e*) Le A. L. R. prussien, l. 2, § 125-130, fixe les expressions techniques de la manière suivante. Il y a des droits réels de deux espèces : 1) Eu égard au

sujet, auquel ils appartiennent (ils se rattachent à une chose). — Ceux-ci peuvent être, relativement à leur objet, simplement personnels, ou en même temps des droits sur une chose. 2) Au point de vue de leur objet. Ceux-ci peuvent, en égard au sujet auquel ils appartiennent, être simplement personnels, ou être aussi réels. Les droits de cette seconde espèce s'appellent Droits sur la chose, et c'est à eux qu'il faut rapporter les lois qui parlent de droits réels sans autre addition. — Si cette terminologie n'a pas engendré autant d'erreurs qu'on aurait pu peut-être s'y attendre, le motif en est dans cette circonstance, que dans l'exposition des droits pris isolément, on en a fait proportionnellement un usage très-restreint.

été ici l'objet d'un examen spécial, il s'en trouve quelques-uns, à certains égards très-importants, qui ne se présentent pas dans toutes les obligations; mais uniquement dans les conventions obligatoires; nous en traiterons donc, non pas ici, mais à propos des conventions productives d'obligations (chap. 2 (f)).

§ 16.

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. B. OBLIGATION CORRÉALE. INTRODUCTION.

SOURCES.

Inst. III, 16 de duobus reis.
Dig. XLV, 2 de duobus reis.
Cod. VIII, 40 de duobus reis.

AUTEURS.

Ribbentrop, Lehre von den Correal-Obligationen (Théorie des obligations corréales), Göttingue, 1831.
Koch, Forderungen (Droits de créance), t. 2, § 61-66. Lehrbuch (Manuel), § 515-519.
Puchta, Pandekten et Vorlesungen (Cours publics), § 233-235.
Vangerow, p. 64-101 t.
Cf. Système, t. 5, § 232, p. 220-222 (p. 237-239, trad.), § 235 (a).

(f) A cette matière se rattache spécialement la théorie importante et difficile des titres au porteur.

(a) Les endroits que nous indi-

quons n'ont donné qu'un léger aperçu de cette théorie, à l'occasion d'une institution juridique, différente en elle-même, mais analogue, le concours des actions.

¹ Ajoutez un auteur français, M. Ch. Demangeat, Des obligations solidaires, Paris, 1859.

Il est de l'essence de l'obligation de renfermer deux personnes, placées l'une en face de l'autre, un créancier et un débiteur (§ 2).

Mais les faits desquels résulte l'obligation peuvent être tels qu'ils se rapportent, du côté du créancier, non pas à une personne seule, mais à à plusieurs en même temps : pareille situation peut se présenter du côté du débiteur, et même des deux côtés à la fois. Il faut alors déterminer les conséquences qui vont découler de cet état des faits.

Il faut admettre comme règle pour les cas en question que l'obligation, qui est une en apparence, se décompose, au moyen d'un simple calcul, en autant d'obligations isolées et indépendantes les unes des autres, qu'il y a de personnes de chaque côté de l'obligation. Quand donc un individu promet de payer cent à deux personnes présentes devant lui, c'est absolument comme s'il avait promis cinquante à chacune d'elles. De même encore, quand deux personnes promettent cent à une troisième, c'est comme si chacune avait seulement promis cinquante. Pareillement quand deux copropriétaires afferment un bien rural, ou quand l'unique propriétaire afferme un bien à deux personnes, il en résulte pour chacun des deux bailleurs, ou pour chacun des deux fermiers, des droits et

des obligations fractionnés en une moitié intellectuelle, indépendante de l'autre moitié qui figure à côté d'elle (b). Ces deux obligations n'ont de commun, que ce fait qu'elles ont pris accidentellement naissance au même moment; il n'y a pas entre elles de corrélation intime.

Mais la volonté des personnes intéressées peut, à titre d'exception, établir un rapport de droit absolument différent : celui où une seule et même obligation se réfère complètement, sans partage, à chacun des créanciers ou des débiteurs individuellement. Ce sont les conditions de fait de cette exception (les sources d'où elle découle), ainsi que ses effets, qu'il faut maintenant exposer en détail. Pour jeter au début de la clarté sur cette situation, il faut immédiatement en faire remarquer le caractère le plus saillant. Il consiste en ce que chacun des créanciers peut agir à lui seul pour le tout, et la prestation faite à l'un éteint la dette vis-à-vis de tous, de même chacun des débiteurs peut être poursuivi pour le tout, et le paiement fait par l'un les libère tous.

Il convient de se mettre en garde dès à présent

(b) L. 11 § 1, 2 de duob. reis (45, 2), L. 5 C. si certum (4, 2), L. 1, 2 C. si plures (7, 55). On suppose naturellement des obligations, qui sont en elles-mêmes divisibles; ce qui forme du reste

la règle de beaucoup prépondérante. Les modifications qu'exigent les obligations indivisibles ne pourront s'expliquer que quand nous traiterons de cette classe d'obligations (§ 34).

contre la confusion qui consisterait à admettre à tort la réciproque de cette idée, à savoir que partout où l'on observe le caractère que nous venons d'indiquer, il faudrait admettre en même temps l'exception mentionnée plus haut, c'est-à-dire une seule et même obligation, se rapportant pour le tout à plusieurs personnes. Tout au contraire ce caractère peut se présenter aussi d'une manière accidentelle dans des obligations tout à fait distinctes et indépendantes les unes des autres (c).

Les expressions techniques des Romains pour indiquer le rapport de droit contenu dans l'exception que nous venons de formuler, sont les suivantes. Les créanciers ou les débiteurs, rattachés à un tout artificiel, s'appellent *duo rei* (d). Pour distinguer les créanciers des débiteurs, on les appelle *duo rei credendi, debendi* (e), ou, comme la stipulation était la cause la plus fréquente de cette exception : *duo rei stipulandi, promittendi*. Il faut toutefois remarquer que ces dernières expressions s'emploient même à propos d'autres contrats, en

(c) Ribbentrop, qui a le premier approfondi cette distinction, désigne (§ 5, 11, 17) les deux cas cités par ces expressions : Identité et Solidarité des obligations. On peut aussi les distinguer par les dénominations : cas véritables et cas improprement dits de la corréalité.

(d) Rubrique du titre du Digeste XLV, 2 : *de duobus reis constituendis*, de même dans la L. 3, § 1 de ce titre et dans d'autres textes. — *Reus* est l'expression commune pour désigner le créancier et le débiteur (§ 3, o).

(e) L. 31 pr. de recept. (4, 8).

dehors de la stipulation (f). Une fois on trouve aussi l'expression *correus*, pour indiquer ce rapport : c'est de là que des écrivains modernes ont formé et employé très-fréquemment les expressions : obligations corréales et corréalité (g); en prenant cette terminologie comme point de départ, on arrive à une corréalité active et passive, suivant que ce sont plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs qui figurent dans une relation de cette nature. En outre le même rapport est encore fréquemment indiqué par l'expression : *in solidum obligari* (h)¹. Toutefois cette expression technique est très-vague. Elle désigne partout un tout illimité, par opposition à une certaine limitation, que cette limitation repose sur une division du tout, ou sur une exception ou une restriction. L'expression est par conséquent employée avec assez d'exactitude pour désigner le rapport personnel de corréalité

(f) L. 9 pr. de d. r. (45, 2), texte important dont il sera bientôt question avec plus de détails.

(g) *Correus* ou *Conreus* dans la L. 3 § 3 de lib. leg. (34, 3) (*Conreus* dans la *Flor.*, mais aussi dans des éditions de la Vulgate, par exemple Ven. 1477, *correus* dans Haloander). Il faut rejeter absolument les expressions qu'on a formées avec celle-là : *correalis*

et *correalitas*, quand on doit les employer comme expressions latines. Mais le fait de s'en servir en les germanisant n'est pas plus une inconséquence, que quand nous parlons de Réalité, bien que personne ne se serve en latin du mot *realitas*.

(h) L. 2 de d. r. (45, 2), § 1 J. eod. (3, 16) et certains autres textes.

¹ M. Demangeat traite ce point en détail, p. 7 à 13.

que nous décrivons ici; mais elle est également exacte à propos d'un rapport personnel d'une nature tout à fait différente (note *k*); et même pour indiquer certaines limitations qui ne se rattachent nullement au rapport personnel de plusieurs créanciers ou débiteurs. Ainsi on s'en sert pour exprimer qu'un débiteur n'est pas obligé seulement dans les limites de la consistance actuelle d'un pécule; ou seulement dans les limites des biens dont il a hérité; ou jusqu'à concurrence de sa solvabilité; ou pour exprimer encore qu'un débiteur est obligé par une *noxalis actio* sans pouvoir se libérer au moyen de la *noxæ datio* (i). Cette expression technique ne désigne donc avec certitude le rapport de corréalité que là où il s'agit purement et simplement de répondre à cette question : dans le cas donné, ce rapport existe-t-il, ou, au contraire, y a-t-il une obligation divisée entre plusieurs personnes ?

Une situation analogue en apparence aux hypothèses dont nous traitons ici, bien qu'au fond essentiellement différente, est celle-ci : plusieurs

(i) L. 44 de *peculio* (15, 1). — (42, 1). — L. 2 pr. de *nox. act.*
L. 152 § 3, L. 157 § 2 L. de R. J. (9, 4).
(50, 17). — L. 23, 25 de *re jud.*

obligation indépendantes peuvent avoir entre elles certains points de contact extérieurs par l'origine et l'indentité de l'objet. Quand deux personnes commettent un vol en commun, chacune d'elles devient débitrice de la peine tout entière, dont est frappé le vol, absolument comme si elle avait volé seule (k); les deux obligations sont complètement indépendantes l'une de l'autre. La même hypothèse se rencontre quand trois personnes étant en présence, l'une d'elles promet cent à chacune des deux autres, on se fait promettre cent par chacune d'elles. Ce fait engendre des obligations distinctes, absolument indépendantes l'une de l'autre, comme si deux conventions étaient intervenues en des lieux différents et à des époques différentes (l). Tous les cas de l'espèce que nous décrivons en ce moment n'ont donc pas le moindre rapport avec la règle exposée plus haut, pas plus qu'avec son exception, et mention n'en a été faite ici que dans le but de prévenir des confusions possibles.

A propos du rapport fondamental qui constitue

(k) Cf. plus bas § 20, c. On emploie encore pour ce rapport l'expression : *in solidum obligari*. L. 1 *G. de cond. furt.* (4, 8) « singulos quosque *in solidum* teneri. » Ajoutons L. 55 § 1 *de admin.* (26, 7), L. 21 § 9 *de furtis* (47, 2), L. 1

§ 19 *si is qui test.* (27, 4).

(l) *Pr. J. de d. r.* (3, 16). « ...Nam si prius Titius spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. »

ici la règle et l'exception dans la théorie de l'obligation corréale, il n'est pas sans importance de rechercher si les jurisconsultes romains ont été guidés, en admettant ce rapport, par des raisons sérieuses, par conséquent par le besoin véritable de cette institution juridique. Car de ce point dépend celui de savoir si nous avons de justes motifs de nous contenter de ce rapport pour le droit actuel, ou si nous devons au contraire regarder comme utile la transformation du principe.

Il ne sera toutefois possible de répondre à cette question qu'après avoir exposé toute l'institution juridique dans ses détails (cf. § 22).

Il est possible qu'à côté de l'obligation corréale on rencontre, dans des cas particuliers, certains autres rapports de droit, qui peuvent avoir avec elle divers points de contact. Le plus important de ces rapports est la société.

Plusieurs créanciers corréaux, de même que plusieurs débiteurs corréaux, peuvent se trouver en société; alors ce rapport formera la base de l'obligation corréale. Mais ce serait une grave erreur de croire que toute obligation corréale doit se combiner avec une société. Cette opinion trouve une réfutation complète dans les textes du droit

romain qui supposent précisément tantôt que l'obligation corréale existe concurremment avec une société, tantôt qu'elle existe sans elle (*m*).

Alors même que l'examen de rapports de droit particuliers pourrait nous faire voir d'ordinaire l'obligation corréale unie à une société, et cela très-fréquemment et même dans la plupart des cas, cette observation ne nous autoriserait cependant pas à considérer comme la règle juridique cette situation, à la présumer, et à regarder les autres cas comme de simples exceptions. Au contraire, cette situation n'est qu'un fait tout accidentel; elle doit toujours être prouvée par celui qui l'avance et qui veut en tirer des avantages pour lui-même.

§ 17.

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. B. OBLIGATION CORRÉALE. SOURCES ¹.

Ce n'est que comme une exception à la règle qu'on rencontre la situation spéciale dans laquelle

(*m*) *L. 34 pr. de receptis* (4, 8). *L. 3 § 3 de lib. leg.* (34, 3). *L. 62 pr. ad L. Falc.* (35, 2). *L. 10 de duob. reis* (45, 2). *L. 71 pr. de fidej.* (46, 1). — De même l'existence d'une société n'entraîne pas l'existence d'une obligation cor-

réale. *L. 12 C. si certum* (4, 2). Ces deux rapports de droit sont parfaitement indépendants l'un de l'autre : mais la volonté des parties peut les mettre en relation l'un avec l'autre.

¹ Cf. Demangeat, comment. de la *L. 9 pr. de duob. reis* (45, 2), p. 150 à 225.

une seule et même obligation se rapporte tout entière, et sans partage, à chacun de plusieurs créanciers ou débiteurs (§ 16). Il faut d'abord exposer les sources de cette situation exceptionnelle.

Ces sources peuvent se ramener simplement au point de vue général suivant : L'exception prend naissance, quand les personnes, dont l'activité engendre l'obligation, le veulent ainsi ; en l'absence de cette volonté, l'exception n'a lieu que dans le cas unique où l'obligation elle-même est indivisible, et encore dans le cas seulement de pluralité de débiteurs (obligation corréale passive) (a). La volonté qui donne naissance à la corréalité peut résulter d'un contrat, ou d'une disposition de dernière volonté, ou d'une décision judiciaire. Le contrat peut être un contrat solennel, dont la nature particulière consiste dans la forme spéciale à la manifestation de la volonté : stipulation, contrat littéral. Mais tout autre contrat peut aussi bien servir pour atteindre ce but.

La corréalité qui résulte d'un contrat suppose

(a) La plupart des auteurs modernes pensent que le rapport de corréalité peut se produire dans de très-vastes proportions, même sans la volonté des parties intéressées, en vertu d'une prescription légale : c'est ainsi qu'on s'exprime. Pour le cas de l'obli-

gation indivisible, nous venons déjà de reconnaître cette cause d'origine, et nous en parlerons plus loin en détail (§ 34). Pour les hypothèses plus fréquentes d'obligation corréale improprement dite, nous rectifierons cette opinion dans les §§ 20, 21.

le concours de volonté des personnes qui forment le contrat (créancier et débiteur). La dernière volonté, comme source de cette exception, est par sa nature une volonté unilatérale, et en cela elle a une certaine analogie avec la décision judiciaire.

De ces observations il résulte qu'on peut concevoir, comme sources de l'exception dont il s'agit, les causes suivantes, en tant que cette exception repose sur la volonté des parties intéressées :

- a. Stipulation ;
- b. Contrat littéral ;
- c. Autres contrats ;
- d. Dernière volonté ;
- e. Décision judiciaire ¹.

Les deux premières n'ont plus d'application dans le droit actuel : elles ont cependant besoin d'être exposées en détail, parce que sans elles on ne pourrait avoir qu'une notion très-imparfaite des décisions du droit romain sur le rapport juridique dont il est question ici.

¹ C'est un peu inexactement que M. de Savigny fait résulter de la décision judiciaire une solidarité *fondée sur la volonté des parties*. La décision judiciaire engendre la solidarité soit en droit, lorsque le juge condamne plusieurs défendeurs, par exemple des coauteurs d'un même délit à payer solidairement une certaine somme à titre de dommages-intérêts ; soit en fait, lorsque, par erreur, il condamne comme débiteurs solidaires de simples débiteurs conjoints (Cf. Ch. Demangeat, p. 201). Mais ni dans l'un ni dans l'autre de ces cas, on ne saurait dire que la solidarité dérive de la volonté des parties intéressées.

a. Stipulation.

De même que la stipulation était pour les Romains la base prédominante de leurs relations juridiques, de même aussi elle était la forme dont ils se servaient le plus fréquemment pour donner naissance aux relations de corréalité (b). Seulement la stipulation est soumise au même rapport de règle et d'exception que celui que nous avons exposé plus haut d'une manière générale : car le texte principal qui s'y réfère (§ 16, b) parle précisément de stipulations.

Ici encore, il s'agissait donc d'interpréter une manifestation de volonté (c), et, pour atteindre ce but, il n'y avait pas de formule invariable ni exclusive. Les expressions qui présentaient le moins de doute étaient certainement celles-ci : « *eosdem* quinque aureos, *eandem* pecuniam, *eadem* decem spondeo » (d) ; car on indiquait évidemment par là que l'objet des deux obligations devait être non-seulement de même espèce et d'une égale étendue, mais encore devait être un seul et même objet (sauf qu'il portait en même temps sur plusieurs personnes). La simultanéité de l'opération ne suffisait pas à elle seule pour donner

(b) La formation de l'obligation corréale par stipulation est traitée avec détails par Ribbentrop, § 17.

(c) L. 3 pr., L. 4 de d. r. (45, 2).
(d) Pr. J. de d. r. (3, 16), L. 2, L. 12 § 1 eod. (45, 2).

naissance à l'exception, de même qu'à l'inverse la non-simultanéité de l'opération n'excluait pas nécessairement l'exception; un intervalle modéré entre les deux opérations ne devait par conséquent pas être un obstacle à la corréalité, en supposant toutefois qu'elles eussent lieu dans une seule et même journée (e).

Il faut ici faire une observation préalable, qui ne peut recevoir son développement complet que dans la suite de cette étude. Parmi les obligations qui résultent des contrats, les unes ont un but principal, les autres un but accessoire, en ce sens qu'elles sont simplement destinées à fortifier et à soutenir une autre obligation. Telle était la règle chez les Romains pour les obligations corréales, fondées sur des stipulations, règle qui se présentait encore par rapport au créancier, qui s'adjoignait un créancier accessoire (*adstipulator*) et par rapport au débiteur auquel s'adjoignait un autre débiteur (*adpromissor*) : toutefois cette dernière situation était incomparablement plus fréquente et plus importante (f). Dans tous

(e) L. 3 pr., L. 6 § 3. L. 12 pr. de d. r. (45, 2).

(f) Gaius, Lib. 3, § 110-117. — *Adpromissores*, L. 64 § 4 sol. matr. (24, 3), L. 5 § 2 de V. O. (45, 1), L. 43 de sol. (46, 3). — Ils intervenaient sous trois formes

soumises à des règles très-différentes : *sponsores*, *fidepromissores*, *fidejussores*. Gaius, l. c. Déjà dans le droit de Justinien il ne reste plus que la dernière forme (*fidejussores*).

ces cas il naissait un rapport de droit complexe. Il existait entre le contractant principal et le contractant accessoire une véritable obligation corréale, mais aussi en réalité une obligation accessoire, et la réunion de ces deux caractères empêchait l'obligation corréale d'apparaître dans la pureté et la perfection de sa nature; bien plus, elle devait nécessairement subir diverses modifications, qu'il n'est toutefois possible d'exposer bien clairement que dans un autre traité, et qu'on ne doit mentionner ici qu'en passant.

Tous ces principes du reste sont encore vrais et présentent encore de l'importance dans le droit actuel, sauf cette différence secondaire et étrangère au fond du droit, que nous n'employons pas plus pour les contrats accessoires que pour tout autre but, la forme de la stipulation, qui est partout remplacée par la simple convention.

b. Contrat littéral.

Gaius nous a donné sur le contrat littéral (*l'expensilatio* par le *nomen transcriptitium*) des détails (g) qui nous permettent de nous figurer avec une complète certitude le rôle qu'il jouait dans la formation d'une obligation corréale, rôle qui

(g) Gaius, Lib. 3, § 128-129. ten (Mélanges), t. I, n° ix.
Cf. Savigny, Vermischte Schrif-

présentait une parfaite analogie avec celui de la stipulation dans cette même formation.

Quand deux Romains portaient un tiers sur leurs registres domestiques comme leur débiteur pour une seule et même créance, il se produisait absolument le même effet que s'ils étaient devenus *duo rei stipulandi* par stipulation, comme aussi quand un Romain inscrivait sur son registre deux autres personnes comme ses débiteurs pour la même somme. Il est évident que, dans les deux cas, il faut supposer le consentement de tous les intéressés dans le but de faire naître un rapport de droit de ce genre, de même que ce consentement était nécessaire pour rendre valable un contrat littéral quelconque.

Nous n'avons pas du reste de preuves immédiates pour confirmer cette institution du très-ancien droit. Mais nous possédons les témoignages suivants, auxquels nous pouvons attribuer une force probante absolument égale. Dans le droit de Justinien, le contrat littéral a, comme chacun le sait, complètement disparu, et déjà du temps des anciens jurisconsultes il n'était pour ainsi dire plus en vigueur que dans les livres des *argentarii*; c'est dans cette application toute spéciale que quelques traces de cette institution sont passées dans le Digeste. Deux textes de ce genre confir-

ment parfaitement l'assertion émise plus haut sur le contrat littéral comme source d'un rapport de corréalité. Un de ces textes parle d'un pacte de remise fait par la majorité des créanciers d'un débiteur insolvable. Il dit que plusieurs titulaires de la même créance ne doivent compter que pour un seul créancier, et comme explication il cite les cas suivants (h).

Utpota plures sunt rei stipulandi *vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt, unius loco numerabuntur, quia unum debitum est.*

Ici l'*expensilatio* de la même créance sur les registres de deux *argentarii* est placée sur la même ligne qu'une stipulation de même nature, et on lui reconnaît, comme à celle-ci, la force de donner naissance à une obligation corréale.

L'autre texte parle de *duo rei credendi* par stipulation, dont l'un a fait un compromis, et il assimile à ceux-ci deux *argentarii*, sur les registres desquels une seule et même créance a été inscrite à la charge d'un tiers (i).

Idem in duobus argentariis, *quorum nomina simul eunt.*

(h) L. 9 pr. de pactis (2, 14). Cf. sur ce texte, ci-dessous, (i) L. 34 pr. de receptis (4, 8). § 19, v.

Le principe qu'on applique ici aux *argentarii* peut sans aucun doute être transporté pour une époque plus reculée à tous les Romains : car il dérive, même pour les *argentarii*, uniquement du *nomen factum* (de l'*expensilatio*), qui présentait exactement le même caractère pour les *argentarii* et pour les autres Romains, et non de la nature particulière de l'industrie des *argentarii*, et encore moins d'un rapport de société entre les deux *argentarii* ici mentionnés (k).

C'est à tort que certains auteurs comparent à ce rapport des *argentarii* dans une obligation corréale, un rapport tout différent, qui n'avait avec lui qu'une analogie éloignée, et ne reposait en réalité que sur le caractère industriel des *argentarii*. Un établissement isolé de banque (*argentaria*) pouvait appartenir, soit à un propriétaire unique, soit à plusieurs, qui alors formaient une société industrielle pour exploiter cet établissement (l). Et dans ce dernier cas l'établissement lui-même, comme le registre qui s'y

(k) Dans le premier texte (note h), il n'est nullement question d'une société, dans le second (note i) on observe que les deux *argentarii* pourraient être ou non *socii*. C'est de cette dernière circonstance que dépend l'effet du compromis, mais non le rapport

de corréalité des *argentarii*, qui est au contraire affirmé d'une manière absolue par les expressions qui précèdent.

(l) Une société de ce genre est mentionnée dans la L. 52 § 5 *pro socio* (17, 2).

trouvait employé, était unique, sans distinguer si les écritures étaient d'habitude tenues par l'un des associés seulement, ou par plusieurs, ou par tous alternativement. Quand un autre Romain se mettait en rapport d'affaires avec cette banque, et la constituait sa débitrice sur son propre registre par *expensilatio*, des doutes pouvaient s'élever sur le point de savoir qui on actionnerait : faudrait-il actionner chaque associé pour sa part, ou bien celui qui était à la tête de l'établissement et sous le nom (raison de commerce) duquel il était dirigé? Vu l'importance considérable des *argentarii*, il était désirable, pour la sûreté des autres citoyens romains, qu'on facilitât le plus possible l'exercice de l'action. Aussi le droit coutumier fit-il admettre, comme règle, que tout membre de la société serait obligé de répondre seul à l'action pour la totalité de la dette (m). Il en résulta donc un rapport analogue à l'obligation corréale; mais il différait de la véritable obligation corréale, créée par un contrat, et notamment par un contrat littéral, en ce que le Romain, qui pouvait

(m) Auct. ad Herennium, II, 13. « Id quod *argentario* tuleris expensum, a *socio ejus* recte repetere possis. » Ce texte s'oppose aussi bien à la division de l'action, qu'à sa limitation à l'un ou à l'autre des associés en par-

ticulier. Cette obligation solidaire résulte naturellement des principes de l'*institoria actio* (Cf. plus bas, § 21). — Il y a beaucoup de vague dans le passage de Quintilien, V, 10, § 105.

actionner au jour de l'échéance l'un des associés en particulier pour toute la dette, n'avait peut-être pas du tout songé à lui au moment de l'inscription sur son registre. Il y avait donc là une règle de droit tout exceptionnelle à l'industrie des *argentarii*, qui ne s'appliquait qu'en cette matière; elle ne se rattachait pas à l'ensemble du système sur le rapport de corréalité.

La même question pouvait se présenter en sens inverse, dans le cas où c'était cette banque qui avait porté une *expensilatio* sur son registre et le produisait en justice. L'équité exigeait qu'on lui appliquât nécessairement, pour l'avantager et lui faciliter l'exercice de l'action, la même règle que celle que nous venons de voir introduite contre elle. Il fallait donc que chaque associé pût seul réclamer toute la créance. En fait cette règle de droit a été consacrée par les constitutions des empereurs (n); elle avait le même caractère industriel et spécial que celui que nous venons de reconnaître à la règle inverse. Ces deux règles faisaient partie du droit commercial des Romains; elles étaient restées étrangères à la théorie générale du rapport de corréalité.

(n) L. 27 pr. de pactis (2. 14).
 « ...tantum enim constitutum est,

ut solidum alter petere possit. »
 (Cf. plus bas. § 18, u).

c. Autres contrats.

La formation du rapport de corréalité par stipulation (et par contrat littéral) était peut-être seule pratiquée à une époque très-reculée; mais déjà du temps des jurisconsultes classiques, on admettait comme règle incontestable que ce rapport pouvait prendre naissance dans les contrats *bonæ fidei*, par une simple convention, par conséquent sans stipulation. Il ne faut pas considérer ce point comme une dérogation aux principes, introduite uniquement pour la facilité des affaires. C'était au contraire une conséquence immédiate de la règle beaucoup plus générale d'après laquelle, dans toute cette classe de contrats, tout pacte nu accessoire devait être garanti par une action (o).

Le texte remarquable de Papinien, qui contient d'une manière générale le principe ici posé, s'exprime ainsi (p) :

Eamdem rem apud duos pariter deposui,
utriusque fidem in solidum secutus (q), vel
eamdem rem duobus similiter (r) commo-

(o) L. 7 § 5 de pactis (2, 14).

(p) L. 9 pr. de d. r. (45, 2). Ce texte est développé et approfondi dans Ribbentrop, § 19, 20.

(q) Ceci est la convention spéciale adjointe au contrat, et qui lui confère sa nature exception-

nelle, de même absolument que dans la L. 11 eod. cette mention est aussi exigée dans la stipulation, voir plus haut, § 16, notes b et h.

(r) « Similiter, » de la même manière, par conséquent égale-

davi; *fiunt duo rei promittendi* (s), quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus (t), veluti emtione, ven-

ment *in solidum*. C'est à tort que la Vulgate lit *simul*. Le fait de la tradition de la chose aux deux en même temps n'aurait pas suffi pour motiver l'application de l'exception.

(s) Il doit donc y avoir lieu d'appliquer, non-seulement le même droit que dans une stipulation qui serait conçue dans les mêmes termes, mais on va jusqu'à employer la même expression technique, qui ne convient proprement qu'à la stipulation (§ 16, f); assurément pour faire disparaître jusqu'aux dernières traces du doute sur l'assimilation complète du droit

dans ces hypothèses différentes 1.

(t) Ici il y a dans le texte une lacune évidente, qui se trouve également dans la Florentine et la Vulgate : toutefois le sens et la liaison des idées permettent de la combler sans laisser le moindre doute. La glose dit : « *Supple fiunt duo rei promittendi, secundum Martinum*; » expressions qui devraient être intercalées après *contractibus*. C'est absolument avec le même sens que l'édition Lugd., 1551, 4 (et de même Charondas en marge) lit : *ceteris fiunt contractibus*. Cf. Ribbentrop, p. 120.

1 M. Demangeat combat très-vivement cette assimilation : son opinion, exposée p. 184, est longuement développée dans les pages suivantes (not. p. 208-216) : « La première condition pour qu'il y ait obligation corréale, dit-il, c'est que l'action soit une *condictio*; lorsqu'il y a seulement lieu à une action de bonne foi, ou à une action *in factum*, la solidarité (corréalité improprement dite) sera bien possible, mais non la véritable corréalité. » — M. de Savigny reconnaît bien aussi des cas de corréalité véritable et de corréalité improprement dite (solidarité); mais il prétend que la corréalité véritable peut résulter même d'un contrat de bonne foi, et que tout dépend ici de la volonté des parties. — Nous nous rangerions volontiers à cette dernière opinion par les motifs suivants : 1° La loi 9 semble bien formelle en ce sens, et il est fort difficile d'appliquer les expressions *duo rei promittendi* à des cas de corréalité improprement dite. — 2° Il est de règle que tout pacte ajouté *in continenti* à un contrat de bonne foi fait corps avec lui : nous ne voyons pas de raison pour en excepter le pacte de corréalité. — 3° Les textes invoqués par M. Demangeat ne sont pas décisifs : ils supposent bien une corréalité imparfaite résultant de contrats de bonne foi : mais rien ne nous prouve que les parties, avec la liberté illimitée qui leur était laissée, n'avaient pas eu soin d'écarter, par un pacte spécial, les dangereuses conséquences qu'entraînait la corréalité parfaite.

ditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento (u).

Le principe exposé ici d'une manière générale est encore formulé ailleurs dans des applications particulières : notamment pour la vente, le louage, ainsi que pour le constitut (v). Ce dernier, en qualité de pacte prétorien, était nécessairement d'une nature aussi libre que dans le droit civil les contrats *b. f.*

Dans le texte cité, qui traite la question à un point de vue général, ainsi que dans ces applications particulières, il n'est question que de plusieurs débiteurs corréaux (soit, du rapport passif de corréalité); on ne parle pas de plusieurs créanciers. On pourrait donc élever des doutes sur le point de savoir s'il pourrait se former aussi entre eux un rapport de corréalité dans les contrats de la classe ici mentionnée. L'analogie de la stipulation (*duo rei stipulandi*) suffirait à elle seule à écarter ce doute. Mais, de plus, il y a un texte qui reconnaît formellement le rapport de corréalité entre plusieurs créanciers à propos du dépôt, par conséquent à propos d'un contrat de la classe

(u) Le testament est ici rangé parmi les contrats en prenant le mot *contractus* dans le sens général, dans lequel il se confond avec *obligatio*. Cf. *L. 20 de jud.* (5, 1), *L. 52 de re jud.* (42, 1).

(v) *L. 13 § 9, L. 47 loc.* (19, 2), *L. 13 C. eod.* (4, 65), *L. 31 § 10 de adit. ed.* (21, 1) (cf. Ribbentrop, p. 159). — *L. 16 pr. de pec. const.* (13, 5).

dont il est ici question (*v*). La rareté de la mention de ce rapport, qui pourrait même laisser place à un doute sur son admissibilité, s'explique par cette circonstance qu'à tous égards le rapport passif de corréalité est incomparablement plus fréquent et plus important que le rapport actif (note *f*).

En combinant les propositions énoncées ici, on pourrait être tenté d'admettre que, dans un des contrats les plus fréquents et les plus importants, dans le prêt, la formation initiale d'un rapport de corréalité ne serait pas possible, mais qu'il faudrait toujours une stipulation pour le faire naître. Le prêt n'est pas *bonæ fidei*; il ne peut donc pas littéralement rentrer dans la décision si précise de Papinien, ni s'appuyer sur les motifs encore plus formels de cette décision (note *o*). D'un autre côté, le prêt ne tire pas, comme la stipulation, sa force obligatoire d'une forme positive et déterminée de manifestation de volonté, mais de l'acte naturel dont l'essence consiste dans la dation et l'acquisition de la propriété, acte qui, en lui-même,

(10) L. 1 § 14 *depos.* (16. 3).
 « Sed si duo deposuerint, et ambo
 agant, si quidem sic deposuerunt,
 ut vel unus tollat totum, poterit in
 solidum agere; sin vero pro parte,
 pro qua eorum interest, tunc
 dicendum est, in partem condem-

nationem faciendam. » La der-
 nière partie du texte est encore
 comme partout la règle : la pre-
 mière est l'exception, pour la-
 quelle il faut une convention
 spéciale.

ne produit pas l'obligation solidaire de plusieurs débiteurs ; car la propriété de l'argent ne peut toujours arriver qu'à un seul individu pour le tout, ou à plusieurs, chacun pour sa part. Cependant il faut admettre, même dans le prêt, que le rapport de corréalité pouvait prendre naissance par un simple pacte, sans stipulation. Car, dès le temps des anciens jurisconsultes, on avait reconnu à la stipulation une certaine latitude dans les formes. Une semblable latitude avait été étendue au prêt. L'efficacité propre et indépendante des pactes ajoutés à ce contrat est consacrée par la décision suivante d'Ulpien (x) : « Omnia, quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ : et ideo et conditiones. »

A la classe de ces pactes adjoints, efficaces par eux-mêmes, appartenait certainement aussi le rapport de corréalité. On ne peut en effet douter qu'il ne fût partie des clauses *quæ inseri stipulationibus possunt*. Il en résultait alors que, dans le prêt, l'engagement solidaire pouvait prendre naissance à la suite d'un simple pacte, par conséquent sans stipulation, accessoirement à la tradition et à la prise de possession de l'argent.

La preuve que cette conséquence a été effecti-

(x) L. 7 de R. C. (12, 1). Cf. Savigny, *Système*, t. 6, § 268.

vement reconnue ressort clairement de trois rescrits de Dioclétien, dans lesquels le prêt par lui-même (le contrat réel) et la stipulation figurent à côté l'un de l'autre comme sources combinées et alternatives d'une obligation solidaire (x¹). Dans le droit actuel, il ne peut pas d'ailleurs y avoir le moindre doute que le prêt ne soit, sur ce point, placé absolument sur la même ligne que tous les autres contrats¹.

d. Dernière volonté (y).

Un rapport de corréalité peut prendre naissance par dernière volonté dans le cas où l'héritier doit payer un legs à l'un d'entre plusieurs légataires, qui deviennent par là *duo rei credendi*. Alors l'héritier a le choix entre ces divers légataires; mais s'il reste dans l'expectative, l'un d'entre eux peut lui réclamer le legs tout entier, ce qui exclut les autres (z). Dans le très-ancien droit on discutait sur le point de savoir s'il fallait ranger sous cette règle le cas où le testateur disait: « Illi aut

(x¹) L. 5 C. si cert. pet. (4, 2).
« Si non singuli in solidum accepta
mutui quantitate vel stipulanti
creditori sponte vos obligastis... »
L. 9 C. eod. « si duos reos stipu-
landi vel re pro solido tibi quasi-
tam actionem ...animadverterit
(judex)... » L. 12 C. eod. « Si...
cum Jone mutuam sumpsisti pecu-
niam, nec re, nec solemnitate ver-

borum vos obligastis in solidum. »
Ribbentrop, p. 111, admet
que, dans le prêt, un engagement
solidaire ne pourrait naître que
pas stipulation.

(y) Cf. Ribbentrop, p. 42 à
43, p. 117-119.

(z) L. 16, L. 24 de leg., 2 (31,
un.).

¹ Cf. Demangeat, p. 164 à 172.

illi do lego vel dari volo, » et quel sens il fallait donner à cette expression. Justinien décide que *aut* doit être pris pour *et*, et que chaque légataire recevra la moitié du legs ; par conséquent il n'y aura pas de rapport de corréalité (aa).

A l'inverse, le testateur peut mettre à la charge de chacun de ses divers héritiers l'acquittement d'un legs *in solidum*. Alors le légataire peut choisir celui des héritiers qu'il veut poursuivre pour le tout (bb).

e. Décision judiciaire.

Quand dans un seul et même jugement plusieurs individus sont condamnés à payer une somme en commun, les choses se passent comme en matière de contrat. En règle générale, l'obligation ne porte sur chacun d'eux que pour sa part, sans que les autres en soient garants. Mais le jugement peut aussi obliger chacun d'eux à répondre de l'insolvabilité des autres. Il peut enfin aller plus loin encore en les engageant solidairement. Alors le jugement est la source d'un véritable rapport de corréalité, ce qui le place absolument sur la même ligne que les sources que nous avons indiquées jusqu'à présent (cc).

(aa) L. 4 pr. § 1 C. de verb. et rer. (6, 38).

(bb) L. 8 § 1 de leg. 1 (30, un.), L. 25 pr. de leg. 3 (32, un.). —

Ce cas est aussi mentionné dans le texte sur les contrats, transcrit plus haut, notes p et u.

(cc) L. 1, 2 C. si plures (7, 55),

§ 18.

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. B. OBLIGATION CORRÉALE. EFFETS.

Sur les effets du rapport de corréalité il faut avant tout faire deux observations. D'abord ces effets sont les mêmes pour la corréalité active et passive, de sorte que tout témoignage ancien à l'appui de l'une d'elles peut être considéré comme probant en même temps en faveur de l'autre. En second lieu, les règles qui doivent être exposées ici sont applicables même aux rapports accessoires de corréalité (§ 17, *f*), sauf les modifications qui ne peuvent être présentées que sur les obligations accessoires.

Parmi les effets eux-mêmes, il y en a deux qu'il faut placer en tête comme les plus simples et les plus incontestables.

L. 43 de re jud. (42, 1). Les expressions qui sont en tête du premier de ces textes sont décisives : « Si non singuli in solidum... condemnati estis. » On admet donc ici que cette clause de corréalité peut parfaitement et efficacement être contenue dans le jugement. Un jugement de cette nature peut se présenter dans le

cas où précisément l'existence du rapport passif de corréalité est contestée, et que le créancier actionne en même temps tous les débiteurs, de sorte que le jugement établit par là même la corréalité contestée. Cf. sur ce cas Glück, t. 4, p. 517. Mühlenthal, II, § 491.

A. Chaque créancier a le droit de réclamer la créance tout entière du débiteur commun (a).

Chaque débiteur est dans l'obligation de se laisser actionner pour toute la dette par le créancier commun. Toutefois ce n'est là qu'un droit pour le créancier commun; s'il préfère actionner les débiteurs isolément, chacun pour sa part, il y est encore autorisé: car ce procédé ne peut être considéré que comme un allègement à la position des débiteurs (b). — Quand un des débiteurs empêche par ses actes positifs l'accomplissement de l'obligation (par exemple, tue l'esclave promis), ce fait oblige aussi les autres; au contraire, la demeure de l'un ne doit pas (en tant que simple omission) préjudicier aux autres débiteurs (c).

B. Le paiement qui est fait à l'un des créanciers éteint en même temps la créance des autres, que ce paiement ait lieu volontairement ou forcément. Le même résultat se produit, quand plusieurs

(a) *L. 31 § 1 de nov.* (46, 2), *L. 16 de leg. 2* (31, un.).

(b) *L. 3 § 1, L. 11 pr. de d. r.* (45, 2), *L. 8 § 1 de leg. 1* (30, un.). — Pour l'obligation corréale qui a pris naissance non par stipulation mais par une libre convention dans un contrat *b. f.*, et qui semble appartenir à un développement plus récent de l'institution (§ 17), on avait vu poindre l'opinion que, dans le cas de solvabilité de deux débiteurs, chacun

ne devrait être actionné que pour la moitié; mais le jurisconsulte lui-même, qui mentionne cette opinion, convient qu'elle n'était pas soutenable en présence des principes du droit. *L. 47 locati* (19, 2). L'action partielle n'enlève pas au créancier le droit solidaire pour réclamer le reste.

(c) *L. 18 de d. r.* (45, 2). — *L. 32 § 4 de usur.* (22, 1), *L. 173 § 2 de R. J.* (50, 17).

créanciers reçoivent le paiement, chacun pour sa part (*d*).

De même à l'inverse, chacun des débiteurs peut, par le paiement qu'il fait, éteindre la dette de tous les autres (*e*). Pareillement le paiement peut émaner de chacun des débiteurs pour sa part (*f*).

Mais, outre le paiement, il y a encore plusieurs autres faits qui peuvent entraîner également un anéantissement complet de l'obligation, avec des résultats plus ou moins énergiques; il faut maintenant fixer l'influence de ces faits sur le rapport de corréalité, et sur ce point il y a des difficultés et des doutes. Il est vrai qu'on ne peut traiter à fond cette question qu'à propos de la théorie de l'extinction des obligations : mais il suffira ici d'anticiper sur une partie de cette théorie pour atteindre le but spécial que nous nous proposons.

Les faits dont il s'agit peuvent se ramener à quatre classes :

Equivalents du paiement (produisant le même effet, seulement par une autre voie).

Accord de volonté des parties intéressées sur l'extinction de l'obligation.

(*d*) § 1 J. de d. r. (3, 16), L. 31
§ 1 de nov. (46, 2), L. 16 de leg. 2
(31, un.). — L. 34 § 1 de sol.
(46, 3).

(*e*) § 1 J. de d. r. (3, 16), L. 3
§ 1 de d. r. (45, 2).
(*f*) L. 8 § 1 de leg. 1 (30, un.).
L. 34 § 1 de sol. (46, 3).

Événements relatifs à l'action et à la procédure.

Événements accidentels.

La difficulté résulte surtout de ce que ces classes ne sont pas séparées toujours l'une de l'autre par des limites rigoureuses : car certains cas peuvent se ranger tantôt dans l'une, tantôt dans l'autre classe.

Je vais maintenant exposer une série de faits isolés et sur chacun d'eux essayer de répondre à la question de savoir s'il a ou non une influence extinctive sur l'obligation corréale (comme le paiement effectif) (g).

D'abord des équivalents du paiement.

1. Dépôt fait en justice de l'argent qui a été offert à un créancier, et que celui-ci n'a pas accepté. Cet acte produit absolument les mêmes effets que le paiement véritable, et le créancier a

(g) Keller, *Litiscontestatio*, p. 446-449, pose en principe qu'il faut distinguer si un fait atteint le côté subjectif de l'obligation elle-même ou seulement son côté objectif (personnel). Ce principe se trouve très-expressément confirmé par les expressions suivantes de la *L. 19 de d. r.* (45, 2) : « multum enim interest, utrum

res ipsa solvatur, an persona liberetur ; quum persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus. » On peut bien admettre ce point comme principe à formuler ; seulement on n'écarte en aucune façon la difficulté : car les limites de ces deux cas soulèvent à leur tour de nouveaux doutes.

le droit de réclamer l'argent comme s'il avait fait lui-même le dépôt (*h*).

Si donc cet acte est le fait du débiteur commun vis-à-vis de l'un de ses créanciers, les autres n'ont aucun droit à l'argent, attendu que le débiteur peut choisir celui auquel il veut payer (note *d*), et que le dépôt doit être considéré comme un véritable paiement fait au créancier sur lequel le choix a porté.

Pareillement tous les débiteurs sont libérés, quand l'un d'eux offre l'argent au créancier commun et le dépose ensuite.

2. *In solutum datio*.

Quand le débiteur d'une somme donne avec le consentement du créancier une autre chose à la place de l'argent, il est *ipso jure* libéré de la dette de somme (*i*).

Cette règle générale est aussi bien applicable dans le cas de plusieurs créanciers *in solidum*, que dans celui de plusieurs débiteurs *in solidum*, quand l'un d'entre eux fait avec l'adversaire commun une transaction de ce genre. On pourrait se demander si cette opération doit produire des

(*h*) L. 19 C. de usur. (4, 32), L. 9 C. de sol. (8, 43).

(*i*) Gaius, Lib. 3, § 168, pr. J. quib. modis (3, 29). Les Proculiens admettaient une libération

per exceptionem, les Sabinien *ipso jure*. Le droit de Justinien mentionne uniquement cette dernière décision.

effets analogues à ceux du paiement : car il est possible que la chose livrée ait une valeur inférieure, et ne couvre pas par conséquent toute la dette. Mais ce doute disparaît en présence de cette observation, que l'opération en question présente en réalité un caractère complexe : elle se compose d'une vente de la chose pour une somme égale à l'ancienne dette d'argent, et du paiement de la dette par compensation avec le prix de vente.

3. Novation ¹.

La novation que l'un des créanciers fait avec le débiteur commun éteint aussi la dette pour les autres créanciers. — Il en est de même de la novation entre le créancier commun et l'un des débiteurs qui sont obligés envers lui. Cette opération libère tous ces débiteurs (*k*).

La dernière de ces deux propositions ne peut pas faire l'objet d'un doute ; car le créancier qui a seul intérêt dans l'affaire a opéré cette modification par un acte libre de sa volonté. On pourrait plutôt élever un doute sur la première proposition, attendu que les autres créanciers n'ont pas con-

(*k*) *L. 31 § 1 de nov.* (46, 2) de Vénuléius. Cf. sur toute cette question : Ribbentrop, p. 268 et s. — Le doute, qui résulte de la *L. 27 pr. de pac-*

tis (2, 14), ne peut être levé que plus loin. Cf. l'explication de la *L. 27 cit.*, donnée dans le corps de l'ouvrage à la note *u*.

¹ Cf. Demangeat, p. 41 à 64.

senti à la modification. Cependant il faut aussi admettre sans hésiter cette proposition. La novation est un véritable équivalent du paiement : c'est l'extinction de la créance primitive par la substitution d'une nouvelle créance ; elle a donc absolument le même caractère que l'*in solutum datio*. Ce principe est d'une vérité incontestable pour la novation simple, qui s'accomplit entre le créancier et le débiteur primitifs seulement. Mais il est encore plus évident, quand on se réfère aux formes plus compliquées de la novation ; ainsi à la novation, dans laquelle le créancier accepte un nouveau débiteur à la place de l'ancien, ainsi qu'à celle dans laquelle le créancier délègue le débiteur à un tiers (son propre créancier), et se libère par là d'une dette qui lui est propre. — Tout cet ensemble d'idées est exposé d'une manière saisissante par Vénuléius dans le texte que nous avons cité (note *k*).

Au milieu de ce texte de Vénuléius se trouvent les expressions suivantes : « Secundum quæ si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, *cum id specialiter agit* : eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. » Ces expressions ont été récemment interprétées en ce sens : ce n'est pas toute novation qui éteint les créances corréales

existant au jour de l'opération, c'est uniquement la novation, dans laquelle l'intention spéciale des parties a porté sur une extinction totale. Cette interprétation supplée ainsi par la pensée à ces expressions, « cum id specialiter agit: *ut eum ab altero liberet* (k¹). Selon moi, toute novation éteint d'une manière absolue toutes les créances corréales; seulement toute nouvelle stipulation intervenant entre les mêmes parties n'est pas une véritable novation. D'après cela, il faut entendre ces expressions en les complétant ainsi, cum id specialiter agit: *ut prior obligatio novetur*. Je crois que ces expressions, loin de faire partie du texte primitif de Vénuléius, sont une interpolation des compilateurs; elle avait pour but de mettre ce texte d'accord avec la prescription postérieure de Justinien, d'après laquelle toute nouvelle stipulation, intervenant sur une obligation, ne doit pas être considérée comme une véritable novation de l'ancienne obligation (L. 8, C. de novat., 8, 42). Cette opinion est fortifiée par les termes sui-

(k¹) Huschke dans la Linde's Zeitschrift (Revue de Linde), nouvelle série, t. 2, p. 153 à 160. Un exemple qu'il cite me semble lui être absolument contraire. Quand à une créance corréale d'argent un des créanciers substitue par novation une créance de grains, il est certain que toutes les créances sont éteintes. Car

cette convention renferme un véritable *in solutum dare*, qui est complètement assimilé à l'exécution immédiate. — Pour la dernière partie du texte de Vénuléius, Huschke propose quelques corrections, qui sont très-dignes d'attention et très-plausibles; ces corrections ne touchent pas à la controverse actuelle

vants de la constitution, termes qui concordent bien visiblement avec le texte cité du Digeste : nisi ipsi *specialiter remiserint*... priorem obligationem. Ajoutons encore pour confirmer cette idée l'expression absolument analogue qui se trouve dans la *L. 29. eod.* : « si id *specialiter actum est*. »

Il est impossible de ne pas reconnaître que la novation présente un caractère quelque peu équivoque. Elle vient d'être considérée comme l'équivalent du paiement (par la substitution d'une nouvelle obligation à l'ancienne), et ce sera le plus souvent sa véritable nature. Mais elle peut aussi être employée comme une simple forme ; ainsi pour transformer l'obligation en une stipulation d'abord, et pour l'éteindre ensuite par acceptilation, peut-être avec l'intention de faire une donation. Alors ce n'est plus le fait de l'assimilation avec le paiement qui lui fait produire ses effets, c'est la simple volonté. Si les jurisconsultes romains admettent dans tous les cas la force extinctive de la novation, sans s'arrêter à cette distinction, ce n'est là qu'une conséquence de la nature rigoureusement formaliste (inconnue chez nous) de la novation ; il en est de même dans l'acceptilation.

Uniquement à titre de contraste, il est bon de mentionner le constitut à côté de la novation.

Les anciens jurisconsultes avaient discuté la question de savoir jusqu'à quel point le constitut devait influencer sur la persistance de la créance originaire. On finit cependant par décider que son but devait être non pas d'éteindre l'obligation, ni conséquemment de jouer le rôle du paiement, mais seulement de fortifier l'ancienne créance par l'addition d'une nouvelle action. Aussi l'exercice de la *constitutoria actio* ne devait-il pas entraîner la consommation de l'ancienne action ; il n'y avait que le paiement effectif (volontaire ou forcé), qui dût être considéré comme éteignant les deux dettes en même temps (1). La conséquence nécessaire de cette décision était que, même dans une obligation corréale, l'adjonction d'un constitut ne pouvait nullement affaiblir l'efficacité des droits d'action primitifs. — Il ne faut donc considérer que comme une simple inadvertance des compilateurs l'assertion contenue dans un texte de Paul, qui prenant pour point de départ une opinion très-ancienne, et en général repoussée, déclare que le constitut fait par un débiteur commun avec l'un des créanciers équivaut au paiement de la dette, et anéantit le droit des autres créan-

(1) L. 18 § 3, L. 28 de pec. const. 3), de Gaius et d'Ulpien.
(13, 5), L. 15 de in rem verso (15,

ciens (*m*). Ce texte ne peut pas être considéré comme donnant le véritable sens du droit de Justinien ¹.

4. Compensation ².

Le simple fait de l'existence d'une créance réciproque appartenant à un débiteur n'éteint pas le droit du créancier, et ne peut, par suite, être assimilé au paiement effectif (*n*). Quand un des créanciers actionne le débiteur commun, celui-ci ne peut opposer en compensation la créance qu'il a contre un autre des créanciers. De même un des débiteurs, actionné par le créancier commun, ne peut opposer en compensation la créance que son codébiteur a contre ce créancier. Toutefois cette dernière proposition souffre une exception dans le cas où les deux codébiteurs sont en société, parce que ce rapport fait naître pour ces deux débiteurs un intérêt et un droit communs (*o*).

(*m*) *L. 10 de pec. const. (13, 5).*
« Idem est et si ex duobus reis stipulandi alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is, cui constituitur. » Alors donc le paiement postérieur doit pouvoir être répété comme indébitum.

(*n*) Cette proposition se lie à la question controversée de savoir si et dans quel sens la compensation opère *ipso jure* ou

per exceptionem dans le dernier état du droit ; question qu'il faut réserver pour la théorie de l'extinction des obligations.

(*o*) *L. 10 de d. r. (45, 2).* « Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. » Pour le cas de créanciers corréaux, qui sont en même temps socii, cette exception n'est pas applicable. Cf. surtout Vangerow, p. 89.

¹ Cf. en sens contraire, Demangeat, p. 84 à 90.

² Cf. Demangeat, p. 276 à 284.

Mais si la créance réciproque, non-seulement existante, est encore reconnue et produite comme moyen effectif de paiement, alors il faut la considérer comme équivalant complètement au paiement qui se ferait au comptant et éteignant, comme le paiement lui-même, les droits des cocréanciers ainsi que les obligations des codébiteurs. Ce résultat peut se produire aussi bien par un règlement de compte volontaire entre créancier et débiteur, que par l'exception de compensation opposée dans le cours de la procédure, et tenue pour valable par le juge. Par là, la créance principale peut être anéantie, soit en totalité, soit en partie, selon que l'autre créance est d'une valeur égale ou inférieure.

Suivent maintenant les cas d'extinction, qui reposent sur la simple volonté des parties intéressées.

5. Acceptilation ¹.

L'efficacité extinctive de cette opération ne soulevait de difficulté à aucun point de vue entre les anciens jurisconsultes.

Quand donc un des créanciers faisait une accep-

¹ Cf. Demangeat, p. 22-41.

tilation avec le débiteur commun, le droit des autres créanciers était anéanti (*p*). De même quand le créancier commun faisait l'acceptilation avec l'un des codébiteurs, les autres débiteurs étaient en même temps libérés (*q*).

Pour expliquer cette règle incontestable, et cependant propre à étonner, surtout quand on la compare à la règle toute différente du simple pacte qui va suivre immédiatement, il faut faire deux espèces d'observations.

D'abord cet effet singulier s'explique par la nature rigoureusement formaliste de l'acceptilation. Ceci écarte en même temps l'objection qui consiste à dire que, dans une obligation corréale active, un acte imprévu et unilatéral de cette espèce pouvait causer un préjudice aux autres créanciers (*r*). Car tous avaient consenti précisément, à cette forme du contrat, et s'étaient, par là, soumis aussi aux conséquences qui pouvaient en découler.

(*p*) *L. 13 § 12 de accept.* (46, 4), *L. 31 § 1 de nov.* (46, 2). Une conséquence importante et en même temps une confirmation du principe résulte de ce que l'*adstipulator* pouvait, par acceptilation, libérer le débiteur. Mais c'était là un acte déloyal, un délit qui soumettait l'*adstipulator* à une *actio legis Aquiliæ*, *Gaius*, *Lib. 3*, § 215, 216.

(*q*) *L. 26*, *L. 16 pr. de acceptil.* (46, 4), *L. 3 § 3 de lib. leg.* (31, 3), *L. 12 § 3 de inoff.* (5, 2). —

Une application remarquable de cette règle, pour le cas où l'acte se rattachait à une donation défendue entre époux, se trouve dans la *L. 5 § 1 de don. int. v. et ux.* (24, 1).

(*r*) L'acceptilation du créancier commun envers l'un des débiteurs résiste bien d'ailleurs à cette objection apparente : car le créancier qui la consent ne fait que s'enlever à lui-même un droit ; et les autres débiteurs en retirent seulement un profit.

En second lieu, il faut examiner la nature quelque peu équivoque de l'acceptilation. Il serait inexact de la regarder purement et simplement comme une convention de remise, et surtout comme une donation. Ces expressions : *acceptos fero centum* pouvaient sans doute avoir cette signification ; mais elles étaient aussi bien susceptibles d'un sens tout différent, qui laissait sous-entendu un paiement véritable, effectué soit directement par la réception de la somme due elle-même (auquel cas l'acceptilation jouait en quelque sorte le rôle d'une quittance solennelle), soit par quelque autre prestation équivalente. Cette idée se trouve énoncée dans un texte d'Ulpien, où l'acceptilation est rangée parmi les équivalents du paiement (s).

6. Pacte de remise (*pactum de non petendo*)¹. — Cette convention peut, comme on le sait, être conclue de deux manières : *in rem* et *in personam* (t). Le premier cas est la règle, et va de soi

(s) L. 16 pr. de acceptilat. (46, 4). « ...quoniam velut solrisse videtur is, qui acceptilatione solutus est. » — L'assertion émise ici sur le caractère équivoque de l'acceptilation doit nous amener à dire que cette forme était familière aux Romains dans le courant des affaires : elle pouvait être employée avec une signification

différente et pour atteindre des buts différents ; mais dans tous les cas son efficacité était également énergique. Une pareille forme n'existe pas chez nous, et cette différence va recevoir bientôt une application plus étendue.

(t) Textes principaux ; L. 7 § 8, L. 40 pr., L. 57 § 1 de pactis (2, 14).

¹ Cf. Demangeat, p. 289 à 311.

partout où une disposition particulière ne vient pas restreindre la convention à la personne de l'ayant droit ou de l'obligé. Ainsi, ce dernier cas ne peut être regardé que comme une exception toute spéciale. Le *pactum in rem* produit donc ses effets en faveur et à l'encontre de toutes les personnes qui succèdent, d'après les principes généraux, aux droits et aux obligations, et en particulier en faveur et à l'encontre des héritiers des parties, qui ont conclu le pacte de remise.

On est tout naturellement porté à appliquer aussi cette distinction aux obligations corréales, en ce sens que le pacte de remise fait par l'un des créanciers ou l'un des débiteurs produirait aussi ses effets à l'égard des autres, quand il aurait été conçu *in rem* (c'est-à-dire sans être restreint à la personne), mais non quand il aurait été conçu *in personam*. Sans doute, il faut incontestablement admettre comme vraie la dernière partie de cette règle qui semble si naturelle ; car la mention d'une restriction personnelle empêche la convention d'exercer aucune influence à l'égard d'un tiers quel qu'il soit. Mais il faut repousser la première partie de la règle, et refuser purement et simplement, même au pacte de remise *in rem*, toute influence vis-à-vis des autres créanciers ou débiteurs, et cela, en s'attachant à la nature vraie du

rapport de corréalité. C'est ce qu'il s'agit de démontrer et d'approfondir séparément pour chaque hypothèse.

Le premier cas d'application a trait à deux créanciers *in solidum*, dont l'un fait un pacte de remise avec le débiteur commun. Cette convention n'empêche pas le second créancier de faire plus tard valoir encore son droit au moyen d'une action. Le texte suivant de Paul, qui reconnaît ce principe, exige un examen attentif : car sa teneur, quelque peu équivoque, a provoqué chez nos auteurs plusieurs erreurs (u).

Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium (v) posse, quam-

(u) L. 27 pr. de pactis (2, 14). L'interprétation de ce texte repose avant tout sur la séparation exacte des propositions isolées qu'il renferme. Kraut, de *argentariis*, p. 44-51, en traite d'une manière satisfaisante en somme; nous ferons tout à l'heure remarquer dans son explication une partie erronée. Beaucoup d'autres auteurs sont cités par Vangerow, p. 90-93. Cf. aussi, p. 95-98. C'est d'ailleurs le seul texte qui contienne une décision sur ce point. Dans la L. 21 § 5 de pactis, Paul soulève la question pour les

créanciers comme pour les débiteurs, mais il ne donne pas de décision relativement aux créanciers.

(v) Kraut, l. c., p. 49, se trompe en ne voulant pas rapporter cette décision de Labéon aux deux *argentarii socii*; sinon il y aurait nécessairement dans le texte : *alterum* et non pas *alium*. Mais, bien qu'*alter* soit l'expression la plus exacte et la plus précise, cependant, quand on doit parler de l'une d'entre deux personnes, on trouve aussi *alius* pour *alter* tant dans les auteurs juri-

vis ei recte solvatur; sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint; quod est verum. *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*

Paul parle d'abord d'un rapport de droit, déjà mentionné plus haut, qui n'a avec l'obligation corréale qu'une analogie apparente, et qui en diffère au fond (§ 17, *l, m, n*). Quand deux associés gèrent en commun un établissement de banque, qu'un tiers est porté sur leur livre comme débiteur (par *expensilatio*), et que l'un d'eux fait avec le débiteur un pacte de remise, on se demande si cette convention lie le second associé ? Trois jurisconsultes résolvent négativement cette question (avec l'assentiment tacite de Paul), bien entendu, même pour le cas où la convention est conçue *in rem* (c'est-à-dire sans être restreinte à la personne). Sans doute, disent-ils, des constitutions impériales accordent à chaque associé en particulier un certain pouvoir de disposition sur la créance commune. Mais ce pouvoir consiste seulement dans le droit pour chacun de réclamer en justice la créance totale ; il ne va pas jusqu'à autoriser la conclusion d'un pacte de remise.

diques que chez les écrivains non juridiques; cf. *Brissonius*

et *Gesner*, qui cite beaucoup de textes.

A ces expressions se rattachent immédiatement les derniers mots du texte entier, pour lesquels uniquement nous avons cité ici ce fragment : *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.* Voici la pensée de Paul : Il faut aussi dire de deux *rei stipulandi*, que le pacte de remise de l'un n'enchaîne pas l'autre, alors même que le pacte serait conçu *in rem*.

Toute la partie du texte dont il nous reste encore à parler (depuis *Idem Labeo*, jusque *quod est verum*) doit être considérée comme une parenthèse destinée à confirmer la proposition qui précède, mais n'ayant aucunement trait aux expressions finales du texte, qui se rapportent uniquement à la proposition qui précède cette parenthèse. Labéon dit que l'un de ces deux *argentarii* peut sans doute encaisser le montant de la créance, mais non la nover; car il ne serait pas exact de conclure du droit d'encaisser une créance à celui de la nover; et à l'appui de cette dernière proposition il cite comme exemple les fils de famille et les esclaves, qui sont sous notre puissance, et qui pourraient également recouvrer (pour notre compte) l'argent qu'ils ont prêté, mais ne seraient pas autorisés à transformer la créance au moyen d'une novation.

L'enchaînement d'idées que nous supposons est

absolument nécessaire et n'est pas sans importance : car ce n'est que par lui qu'on arrive à restreindre la décision de Paul sur les *duo rei stipulandi* à l'incapacité pour eux de faire un pacte de remise, qui pourrait enchaîner le cocréancier, point sur lequel il ne peut y avoir aucune difficulté. Si, au contraire, en s'attachant à la première impression produite par les mots, on veut rattacher les expressions finales à la décision de Labéon, qui les précède immédiatement, alors Paul dirait que l'un des deux *rei stipulandi* n'a pas la capacité d'éteindre la créance commune par une novation. Mais cette proposition se trouverait dans une contradiction insoluble non-seulement avec les principes fondamentaux de la matière, mais encore avec les témoignages les plus incontestables (note k) ¹.

Le second cas d'application a trait à deux débiteurs *in solidum*, dont l'un fait un pacte de remise avec le créancier commun. Ici on se demande si l'autre débiteur peut invoquer la *pacti exceptio* contre l'action du créancier. D'après les principes purs du rapport de corréalité, cette question doit,

¹ M. Demangeat combat cette explication, et voit dans la L. 27 de *pact.* la trace d'une divergence entre les jurisconsultes romains, p. 309 à 310.

comme la question analogue relative aux deux créanciers *in solidum*, être résolue négativement, alors même que le pacte de remise est conçu *in rem*. Mais il peut s'introduire ici un autre rapport de droit, étranger en lui-même au rapport de corréalité, et qui permettrait même au second débiteur (qui n'a pas fait le pacte) d'invoquer la *pacti exceptio*. C'est là en effet ce qu'il faut admettre, quand le premier débiteur (qui a fait le pacte) a un intérêt propre à ce que le second invoque l'exception, c'est-à-dire quand l'action exercée contre le second atteindrait en même temps le premier par voie de conséquence (*w*). Car si dans ce cas on voulait refuser l'exception au second débiteur, on annihilerait, même pour le premier, qui cependant a fait le pacte de remise, l'avantage qu'il doit en retirer.

Des conséquences importantes, et en même temps incontestables, de cette règle, se manifestent dans les applications suivantes.

Quand deux *rei promittendi* sont en société, et que l'un fait un pacte de remise, l'autre peut aussi invoquer l'exception contre l'action du créancier commun, parce que sans cela les conséquences de la condamnation atteindraient en même temps le

(w) L. 21 § 5 de pactis (2, 14).

premier, et lui enlèveraient par conséquent le bénéfice de sa convention (x).

Quand le débiteur principal fait un pacte de remise, et qu'ensuite la caution est actionnée, elle peut, en principe, se prévaloir de l'exception parce qu'elle aurait, sans cela, contre le débiteur principal, une action en recours qui annihilerait pour celui-ci l'avantage de son pacte (y).

Si nous comparons le droit déjà exposé de l'acceptilation (n° 5) avec celui du pacte de remise (n° 6), nous trouvons appliqués à ces deux actes des principes complètement opposés. Il n'y a là aucune inconséquence; ce n'est qu'une variété de forme, qui peut mener à des buts différents, selon le libre choix des parties intéressées. Nous n'avons plus chez nous l'acceptilation; il ne reste donc que le droit applicable du pacte de remise, toutefois avec cette restriction bien naturelle qu'il produit selon les circonstances, dans certains cas particuliers, au moyen de dispositions spéciales insérées dans la convention, le même effet que

(x) L. 3 § 3 de lib. leg. (34, 3), L. 25 pr. de pactis (2, 14). Dans ce dernier texte il faut rapporter le mot *sociis* non-seulement aux *argentariis*, mais encore aux *duobus reis promittendi* qui précèdent.

(y) L. 21 § 5 de pactis (2, 14). Là donc où, par exception, il

n'existe pas d'action en recours, là aussi la caution n'a pas l'exception. L. 5 pr. de lib. leg. (34, 3). Si le pacte de remise est conçu *in personam*, il va de soi qu'un tiers ne peut invoquer l'exception. L. 22 de pactis (2, 14).

celui que pouvait produire plus facilement et plus sûrement chez les Romains la forme très-usitée de l'acceptilation. Il serait donc complètement faux d'attribuer sur ce point, dans le droit actuel, l'efficacité énergique de l'acceptilation romaine à notre convention de remise, et de renverser par conséquent les véritables tendances de notre législation (z).

7. Transaction.

Quand entre un des créanciers ou des débiteurs et le contractant commun il s'élève un procès sur l'obligation corréale, et qu'il se termine par une transaction, on se demande si cette convention anéantit le rapport d'obligation au regard des cocréanciers ou des codébiteurs qui n'ont pas pris part à la transaction.

Toute transaction repose nécessairement sur un abandon réciproque (aa). Aussi peut-on la considérer comme une opération complexe, renfermant une exécution partielle et une remise partielle. En supposant que la prétendue dette corréale ait pour objet une somme de cent, et que la transaction ait permis au débiteur actionné de se libérer de toute la poursuite, en payant comptant

(z) Des écrivains de l'une et de l'autre opinion sont cités par Vangerow, p. 98 à 100, qui

lui-même soutient l'opinion exposée ici.

(aa) L. 38 C. de transact. (2, 4).

la somme de soixante, la dette est éteinte par un véritable paiement, jusqu'à concurrence de soixante pour tous les créanciers et tous les débiteurs (notes *c, d, e, f*). Pour quarante, au contraire, la transaction est un pacte de remise, sur l'efficacité duquel nous venons de donner des règles complètes vis-à-vis de ceux qui n'y ont pas pris part.

§ 19.

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. B. OBLIGATION CORRÉALE. EFFETS. (SUITE).

Nous arrivons aux cas d'extinction, qui se rapportent à l'action et à la procédure.

8. Litiscontestation ¹.

Une institution très-importante de l'ancien droit était la consommation résultant de la procédure. Elle reposait sur ce principe que toute action, une fois intentée et conduite jusqu'à la litiscontestation (*in litem deducta actio*), ne pouvait jamais être intentée à nouveau. Dans certains cas, elle était éteinte *ipso jure* par la litiscontestation; dans d'autres, le renouvellement en

¹ Cf. Demangeat, p. 64-84.

était paralysé par une *exceptio rei in iudicium deductæ*, ou (quand le procès avait abouti à un jugement, quel qu'il fût) par une *exceptio rei judicatæ* (a).

Ce principe exerçait l'influence la plus marquée sur le rapport de corréalité, dont le caractère essentiel était précisément de renfermer non pas des obligations distinctes, figurant l'une à côté de l'autre, mais une seule et même obligation, qui portait tout entière et sans partage sur chaque créancier ou sur chaque débiteur isolé (§ 16). Ce rapport entraînait cette conséquence nécessaire, que l'action introduite par l'un des créanciers rendait impossible, même pour les autres créanciers, l'exercice ultérieur d'une nouvelle action, et cela quel que fût le résultat de la première action, qu'elle ait abouti ou non à une condamnation et à un paiement. De même quand le créancier commun poursuivait l'un des débiteurs, il ne pouvait plus ensuite poursuivre aucun des autres, et ici encore, quel qu'ait été le résultat de l'exercice de la première action (b).

Cette conséquence, déjà grave pour le rapport

(a) Gaius, Lib. 3, § 180, 181. Lib. 4, § 106-108. La plus grande partie de l'excellent ouvrage de Keller sur la litiscontestatio se réfère à l'exposition de cette institution juridique. — Cf. aussi

Savigny, *Système*, t. 5, § 235, p. 251 (p. 260, trad.), et t. 6, § 281, 282.

(b) Keller, *Litiscontestatio*, § 49, 52; Ribbentrop, § 28.

ordinaire de corréalité, présentait un danger extrême dans le cas du rapport accessoire de corréalité de la caution, dont le but pouvait ainsi se trouver complètement annihilé. Car quand le créancier avait une fois poursuivi le débiteur principal, ce fait consommait pour toujours et d'un seul coup l'action contre la caution (qui était pour la même dette un second *reus promittendi*), et empêchait de la renouveler à tout jamais, alors même que cette poursuite faisait apparaître l'insolvabilité du débiteur principal ; c'était dans cette hypothèse cependant que le cautionnement aurait à vrai dire dû être d'un grand secours au créancier. On cherchait à se protéger contre cette conséquence illogique, par des moyens artificiels, et spécialement par une disposition particulière du contrat de cautionnement, qui lui enlevait son caractère d'obligation corréale (c).

Justinien publia une loi spéciale, qui devait rendre superflue cette précaution artificielle ; il décida que l'action intentée contre un débiteur ne pourrait jamais empêcher le créancier d'interester ensuite la même action contre la caution, ou même contre tout autre *reus promittendi* : l'exé-

(c) L. 116 de V. O. (45, 1). La L. 28 C. de fidej. (8, 41) contient un renvoi à ce moyen artificiel.

cution effective seule devait éteindre le droit du créancier (*d*).

Le changement qui se produisit dans le droit de Justinien eut même une importance beaucoup plus grande; car il consacra l'abandon complet de toute l'institution de la consommation résultant de la procédure (même en dehors du rapport de corréalité) (*e*); cet abandon résulta, non pas d'une loi spéciale, mais de cette simple mention que le principe éminemment positif de la consommation résultant de la procédure était supprimé, ce principe était en lui-même si peu naturel, qu'il nous serait absolument inconnu sans la découverte des textes cités de G a i u s (note *a*). D'autre part, si ce changement important s'était déjà opéré et précisé clairement à une époque antérieure, peut-être même s'il avait été l'objet d'une loi spéciale, nous n'aurions pas eu besoin de la décision particulière donnée en matière de cautionnement (note *d*). Mais il n'est pas possible de conserver un doute sur ce changement important et décisif, comme véritable expression du droit de Justinien. Cependant il était presque impossible qu'on ne vît pas figurer dans le Digeste certaines

(*d*) L. 28 C. de fidej. (8, 41) de l'année 531.

(*e*) Savigny. Système. t. 6, p. 25 (p. 26, trad), et § 282.

dispositions, vestiges de l'ancien droit, qui sont passées dans ce recueil par mégarde, et dont nous ne comprenons la signification propre que par les renseignements que nous donne Gaius sur les dispositions de l'ancien droit (*f*). De même à l'inverse, on pouvait s'attendre à des interpolations dans le sens du droit nouveau, et sur ce point aussi elles sont loin de faire défaut (*g*).

Sur ce principe de l'ancien droit, remarquons encore qu'il faut y voir une application évidente

(*f*) Les textes qui suivent renferment des traces évidentes de l'ancien droit (aujourd'hui abandonné), qui seul peut nous en donner une parfaite intelligence, de sorte qu'on ne doit considérer leur insertion dans le Digeste que comme une inadvertance. *L. 2, L. 16 de d. r.* (45, 2), *L. 116 de V. O.* (note *c*), *L. 5 in f. de fidej.* (46, 1), *L. 31 § 1 de nor.* (46, 2), enfin aussi *L. 28 C. de fidej.* (note *d*). — C'est sans motif que Puchta, *Pand.*, § 235, *g*, soutient que c'est uniquement pour le rapport de corréalité passive que l'extinction par la litiscontestation est supprimée, et qu'elle existe encore pour le rapport actif dans le dernier état du droit, par conséquent qu'elle subsiste encore chez nous. Deux des textes qu'il cite à l'appui de son opinion, font partie des vestiges de l'ancien droit, que nous venons d'indiquer, et qui ont été insérés par mégarde dans le Digeste; le troisième texte (*L. 57 § 1 de sol.*

46, 3), loin de s'occuper d'un *cor reus*, parle d'un simple *adjectus* : il n'appartient donc pas à notre matière ¹.

(*g*) *L. 8 § 1 de leg. 1* (30, un.). « Si ita scriptum sit : Lucius Titius heres meus aut Mœvius heres meus, decem Seio dato, cum utro velit, Seius aget; ut, si cum uno actum sit, *et solutum*, alter libere tur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. » Les expressions : *et solutum* sont interpolées bien à propos dans le sens du droit de Justinien. Pomponius ne peut pas les avoir écrites : car de son temps le simple exercice de l'action contre l'un des héritiers libérait complètement l'autre héritier (note *b*), de sorte que le fait du paiement était absolument indifférent pour atteindre ce but. — De même aussi dans la *L. 2 C. de fid. tut.* (5, 57) les expressions : *et solvante*. — Cf. Keller, p. 438, Ribbentrop, p. 42, *Système*, t. 5, p. 255 (p. 261, trad.).

¹ M. Demangeat, s'appuyant sur les lois citées, se rallie à Puchta, p. 83, 84.

de la faveur générale accordée au défendeur (au prétendu débiteur) vis-à-vis du demandeur (§ 2, *g*).

9. Prestation d'un serment déféré (*h*)¹.

On peut concevoir de deux manières l'application de ce fait au rapport de corréalité : d'abord quand un débiteur jure que la dette n'existe pas (*dari non oportere*) ; puis quand un créancier jure que la dette existe (*sibi dari oportere*). Ces deux cas doivent ici faire l'objet d'un examen séparé.

Le premier cas peut à son tour se présenter sous une double face.

De plusieurs créanciers, un seul peut déférer le serment au débiteur commun sur l'existence de la dette. Le débiteur, en prêtant ce serment, acquiert une *exceptio jurisjurandi* qui le libère d'une manière absolue, non-seulement vis-à-vis du créancier qui l'a déféré, mais encore vis-à-vis des autres créanciers qui n'ont pas pris part à la délation du serment (*i*).

D'un autre côté, le créancier unique peut aussi déférer le serment à l'un des débiteurs, tenus *in solidum*. Si celui-ci le prête, l'*exceptio jurisjurandi* est acquise non-seulement à lui-même,

(*h*) Cf. *Système*, t. 7, § 309 à 314.

(*i*) *L. 28 de jurej.* (12, 2). « In

duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit. »

¹ Cf. *Demangeat*, p. 90-95.

mais encore à tous ses codébiteurs, bien que ceux-ci n'aient pas prêté le serment (*k*).

Cette dernière proposition reçoit une application très-fréquente et très-importante, dans les rapports d'un débiteur principal avec sa caution. Le serment du débiteur principal donne aussi à la caution le droit d'opposer l'exception (*l*); de même le serment de la caution donne ce droit au débiteur principal (*m*). Si ces deux dernières propositions étaient isolées, on pourrait être tenté de les faire dériver de la nature accessoire du cautionnement (§ 17). Mais comme elles figurent à côté de la proposition absolument identique, relative à deux débiteurs principaux solidaires, il est évident qu'elles dérivent du rapport de corréalité, que renferme aussi le cautionnement, et non de la nature accessoire de ce cautionnement.

Le principe dont nous avons exposé ici les diverses applications est ramené à une idée commune, quand on assimile le serment au paiement de la dette (*n*), ce qui permet de le ranger parmi

(*k*) L. 28 § 3 de jurej. (12, 2).
« Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniæ alter juravit, alteri quoque prodesse debebit. »

(*l*) L. 28 § 1, L. 42 pr. § 3 de jurej. (12, 2), L. 7 § 1 de except. (44, 1), L. 1 § 3 quar. rer. act. (44, 5).

(*m*) L. 28 § 1, L. 42 § 1, 2 de jurej. (12, 2).

(*n*) L. 27 de jurej. (12, 2).
« Jusjurandum etiam loco solutionis cedit. » L. 28 § 1 cod.
« ...nam quia in locum solutionis succedit. »

les équivalents du paiement. Cette assimilation ne vient pas seulement à l'appui de la vérité de notre principe ; mais elle en indique en même temps la nature intime, et la restriction importante qu'il faut y apporter. On doit en effet prendre en considération les termes spéciaux du serment : car il ne faut lui attribuer cette portée générale qu'autant qu'il a pour objet l'existence même de la dette (objectivement), et non pas le rapport de la dette avec telle personne, et la situation relative particulière de cette dette (o). Toutefois il ne faut pas interpréter cette restriction en ce sens que le serment devrait précisément et spécialement porter sur le fait du paiement effectué : au contraire, le serment général « *dari non oportere* » suffisait pleinement à cause de sa conception objective : car il renfermait aussi le paiement comme motif possible de la non-existence de la dette, et même dans le doute on devait admettre que le serment avait été prêté sous cette forme la plus générale et la plus énergique (p).

(o) L. 28 § 1 *de jurej.* (12, 2). « ...si modo ideo interpositum est iusjurandum, ut de ipso contractu, et de re, non de persona jurandis ageretur. » — L. 1 § 3 *quar. rer. act.* (44, 5). « Si fidejussor juravit, si quidem de sua persona tantum juravit, quasi se non esse obligatum, nihil reo proderit : si vero in rem juravit,

dabitur exceptio reo quoque. »

(p) L. 42 *pr. de jurej.* (12, 2). — Il faut s'attacher à l'identité entre les termes du serment antérieurement prêté et la question de droit qui s'élève ensuite. Si cette identité existe, le serment produit ses effets en faveur et à l'encontre des tiers : sinon, non. Cf. L. 28 § 8, L. 36 *de jurej.* (12, 2).

Le second cas de serment qu'on peut supposer consiste en ce que le créancier jure que la dette existe (*sibi dari oportere*) (*q*). Ici encore le serment peut se présenter, en ce qui touche la corréalité, sous deux faces : d'abord quand un des créanciers prête ce serment, et qu'un cocréancier veut en faire usage contre le débiteur commun : ensuite, quand l'unique créancier prête ce serment, et veut en faire usage contre un débiteur autre que celui qui le lui a déféré.

Cette hypothèse n'est mentionnée sous aucune de ces deux faces dans nos sources de droit ; il faut donc admettre que le serment ne peut pas exercer la moindre influence vis-à-vis des personnes entre lesquelles il n'a été ni déféré ni prêté à l'origine. En faveur de cette décision négative on peut encore faire valoir cette circonstance que l'efficacité si étendue donnée au serment négatif repose sur son assimilation avec le paiement (note *n*) : mais il n'y a pas ici d'analogie à invoquer en faveur du serment positif (*dari oportere*).

Si on objectait qu'il n'y a pas ici entre les deux parties (créancier et débiteur) égalité complète de droit, il faut répondre qu'en général il y a une

(*q*) Les effets d'un tel serment qui revêt une forme positive et engendre toujours une action,

sont traités en général dans la L. 9 § 1, 6 de *jurej.* (12, 2).

certaine faveur due au débiteur contre le créancier (§ 2, *g*), faveur dont nous venons de faire sentir l'influence pour le rapport de corréalité dans le cas important de la consommation résultant de la procédure. Ajoutons encore cette observation purement pratique, que l'extension considérable que nous venons de refuser au serment positif serait beaucoup moins nécessaire dans ce cas que dans celui du serment négatif. Quand le créancier prête le serment positif, il dépend de lui d'exercer immédiatement l'action, avant qu'un changement vienne à se produire dans la fortune du débiteur, ou que les faits qui doivent servir à prouver son droit viennent à disparaître, événements qui peuvent être un danger pour lui. Au contraire, dans le cas du serment négatif, il n'est pas au pouvoir du débiteur de mettre en mouvement le procès, dans lequel doit se décider la question d'obligation; de sorte qu'il reste exposé, n'étant plus débiteur, au danger que nous venons de signaler. C'est pour cela que l'emploi plus étendu de l'*exceptio jurisjurandi* lui offre un équitable dédommagement.

10. Décision judiciaire, ayant force de chose jugée ¹.

¹ Cf. Demangeat, p. 95 à 99.

La combinaison du jugement avec une obligation corréale offre la plus grande analogie avec la situation que nous venons d'exposer, et il se présente ici exactement les mêmes cas et les mêmes questions de droit : il reste donc à se demander sur ce point si la décision des questions doit aussi être la même.

Toute cette matière d'ailleurs doit en elle-même être considérée comme beaucoup plus importante et plus fréquente que celle du serment : on peut donc s'étonner que les anciens jurisconsultes la mentionnent plus rarement, et la traitent d'une manière moins complète que le serment. Cette bizarrerie s'explique pourtant très-simplement par cette circonstance : du temps des anciens jurisconsultes il arrivait, dans la plupart des cas, que la litiscontestation et la consommation du droit qui en résultait, et dont nous avons traité au commencement de ce paragraphe, avaient déjà annihilé l'obligation à l'égard des autres créanciers ou débiteurs, de sorte qu'il ne pouvait plus être question des termes du jugement, pour le but dont nous nous occupons en ce moment.

J'arrive maintenant à l'examen des questions de droit particulières, en suivant le même ordre que pour le serment.

J'examinerai d'abord le jugement d'absolution, puis le jugement de condamnation.

Le jugement d'absolution peut, en premier lieu, intervenir entre l'un des créanciers et le débiteur commun. Ce cas n'est pas mentionné dans nos sources de droit. Mais je n'hésite pas à accorder au débiteur l'*exceptio rei judicatæ* même contre l'action que pourrait intenter plus tard tout autre créancier, et cela par analogie avec le serment (note i); car sur les autres points on applique au jugement les mêmes principes qu'au serment.

En second lieu, le jugement d'absolution peut être rendu entre le créancier commun et l'un des débiteurs qui sont obligés *in solidum*. Ici l'*exceptio rei judicatæ* peut encore être mise à profit par chacun des autres débiteurs. Il est vrai que ce principe n'est posé dans un texte qu'à propos de l'absolution du débiteur principal, absolution qui doit pouvoir ensuite profiter à la caution (r): si cette décision était isolée, on pourrait peut-être chercher à l'expliquer par l'idée de rapport accessoire: car autrement la condamnation de la caution lui donnerait une action en recours contre le débiteur, qui, par là, verrait nécessairement s'annihiler la libération que lui a procurée le ju-

(r) L. 7 § 1 de exc. (44, 1).

gement. Mais un autre texte dit formellement que ce droit résultant de l'absolution est r é c i p r o - q u e (s); d'où l'on peut conclure avec certitude que ce n'est pas le rapport accessoire de cautionnement, mais plutôt le rapport de corréalité contenu dans ce cautionnement qui forme la base de la règle.

Les règles applicables au jugement sont donc sur ce point en parfait accord avec celles que nous avons exposées plus haut pour le serment (t).

Il reste encore à examiner le jugement de condamnation. Quand l'un des créanciers obtient la condamnation du débiteur commun, mais ne parvient pas à obtenir satisfaction pour un motif quelconque, un des cocréanciers pourrait vouloir utiliser dans son intérêt l'action résultant du jugement. Le créancier commun pourrait aussi faire la même tentative, quand l'un des débiteurs a été condamné envers lui (sans résultat), et exercer l'*actio rei judicatæ* contre l'un des autres codébiteurs. — Sur cette question envisagée sous ces deux faces, nous ne trouvons dans nos sour-

(s) L. 42 § 3 de jurej. (12, 2).
« Item si reus juravit, fidejussor tutus sit, quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret. »

(t) V. plus haut notes k, l, m.

— Cette opinion concorde avec celle de Ribbentrop, p. 261. 262, 268. — Ces développements doivent servir à compléter : Savigny, Système, t. 6, § 301.

ces de droit aucune décision : nous avons déjà fait plus haut la même observation à propos de la question parfaitement analogue qui se présente dans le cas de prestation du serment positif (*dari oportere*) (u). Je n'hésite pas à appliquer ici encore les principes posés plus haut pour le serment, et à refuser par conséquent l'*actio rei judicatae* dans le rapport de corréalité à et contre tous ceux entre lesquels ne s'est pas débattu le premier procès.

11. Sentence arbitrale ¹.

L'efficacité régulière de cette sentence repose sur la peine conventionnelle, qui est encourue dans le cas où l'une des parties n'obéit pas à la sentence. Si donc le défendeur est absous par l'arbitre, et que, cependant, le créancier intente ensuite contre lui une action, cette désobéissance l'oblige à payer la peine convenue.

Or, supposons que, dans un rapport de corréalité, l'un des créanciers fasse un compromis avec

(u) On pourrait, avec quelque apparence de raison, rapporter à ce point la *L. 5 pr. de appell.* (49, 1). « Igitur et venditoris fidejussor emtore victo appellabit, licet emtor et venditor acquiescant. » Mais la caution n'est certainement pas *correus* de l'acheteur (condamné) : elle ne l'est que du vendeur. Et même l'hy-

pothèse des cohéritiers qui précède montre que l'appel peut être interjeté par un tiers, uniquement pour prévenir l'influence de fait du jugement, qui lui porterait préjudice ; or on ne peut pas conclure de la faculté d'interjeter appel, que le tiers appelant aurait été légalement obligé par le jugement rendu.

¹ Cf. Demangeat, p. 311 à 318.

le débiteur commun, il est débouté par l'arbitre; puis son cocréancier actionne le débiteur; on se demande si le premier créancier qui a été débouté peut être contraint de payer la peine? Il faut, en principe, résoudre négativement cette question, parce que l'action judiciaire n'a pas été intentée par lui.

De même, quand le créancier commun poursuit un des débiteurs devant l'arbitre, qui le déboute, et qu'il intente contre le codébiteur une action en justice. Car l'absolution arbitrale ne se référerait pas au codébiteur; on n'a donc pas contrevenu à la sentence en intentant cette action.

Il en serait autrement si c'était en agissant contre un débiteur principal que le créancier eût été repoussé, et qu'il voulût ensuite poursuivre la caution en justice. Car cette action serait indirectement dirigée contre le débiteur lui-même, à cause de l'action en recours que la caution a contre lui.

Il est possible que les deux premiers cas deviennent identiques à ce dernier, quand les divers créanciers ou les divers débiteurs sont en société. Car la société rend communs entre tous les associés les bénéfices et les inconvénients qui résultent du procès intenté après l'absolution arbitrale; ce qui produit le même résultat que si ce

procès avait été débattu entre les personnes qui ont figuré dans la sentence arbitrale. Aussi, quand l'action était exercée, pouvait-on réclamer la peine stipulée dans le compromis, bien que devant le juge ordinaire ne figurât pas le même demandeur, ou le même défendeur que celui qui avait été partie dans la procédure arbitrale (v).

12. Prescription de l'action.

Quand plusieurs créanciers ont, comme *correi*, la même action, et que l'action de l'un d'eux est prescrite, pendant que la prescription court encore contre l'autre, on peut se demander si cet autre va éprouver un préjudice par suite de l'accomplissement de la prescription contre le premier. De même dans le cas de plusieurs débiteurs corréaux.

En règle générale, la question sera décidée par cette circonstance que toutes ces actions jouissent d'un délai absolument uniforme pour la prescription.

Cependant il pourrait y avoir une dérogation à cette règle, parce que l'un des cocréanciers aurait interrompu la prescription en obtenant une recon-

(v) *L. 34 pr. de receptis* (4, 8). Les détails donnés dans le corps de l'ouvrage ne sont que l'interprétation de ce texte avec quelques modifications. Cf. sur ce texte

Kraut, *de argentariis*, p. 51-53. — La partie qui a trait aux *argentarii* a déjà été mise à profit plus haut, § 17. i.

naissance, le paiement d'intérêts, etc., pendant que l'autre aurait négligé de faire ces actes interruptifs. Mais précisément ce cas a été l'objet d'une loi spéciale de Justinien. D'après cette loi, l'interruption, qui a lieu au regard d'un seul créancier ou d'un seul débiteur, doit en même temps produire ses effets à l'égard de toutes les autres actions résultant du rapport de corréalité, et par conséquent mettre pour toutes les parties obstacle au cours de la prescription (w).

Il reste toutefois un cas, qui n'est pas prévu par cette loi. Quand l'un des créanciers corréaux meurt en laissant un héritier mineur, son droit d'action est provisoirement soustrait à l'influence de toute prescription, pendant que la prescription ne cesse de courir contre les actions de ses co-créanciers, et peut par conséquent s'accomplir (x). Si le délai expire pendant la minorité, le doute pourrait naître sur le point de savoir si cet avantage accordé au mineur profitera à ses cocréanciers, ou, à l'inverse, si la perte dont sont atteints les autres créanciers doit aussi rejaillir sur le mineur. Mais il faut sans hésiter résoudre négativement ces deux questions. Toute faveur accordée

(w) L. 5 C. de d. r. (8, 40). —
Cf. Système, t. 5, § 242, 4.

(x) Cf. Système, t. 5, § 252.

au mineur présente une nature purement personnelle, et ne se rattache nullement à l'existence de l'obligation. Le rapport de corréalité ne doit donc pas plus faire obstacle à la faveur due au mineur qu'à l'expiration du délai de la prescription contre ses cocréanciers.

13. Restitution.

Quand un mineur se porte caution et se fait restituer contre son engagement, le débiteur principal ne peut tirer aucun avantage de cette restitution, parce qu'elle exerce son influence non pas sur l'obligation en elle-même, mais seulement sur le rapport purement personnel qui lie le mineur à l'obligation (y). Par le même motif il faut incontestablement faire encore l'application de ce principe, quand le mineur demande la restitution non pas contre un cautionnement, mais contre une pure obligation corréale (non accessoire).

Il reste maintenant à examiner les cas d'extinction d'une obligation, que nous avons qualifiés plus haut (§ 18) d'événements accidentels.

14. Confusion ¹.

Quand un des débiteurs corréaux meurt, et laisse pour héritier le créancier commun, il eût

(y) *L. 48 pr. de minor.* (4, 4).

¹ Cf. Demangeat, p. 284 à 289.

semblé naturel de décider que la dette elle-même était éteinte par confusion, comme elle l'eût été par paiement, et, par là, les autres codébiteurs se seraient trouvés libérés. Cependant ce mode d'extinction n'atteint pas tant l'existence de l'obligation en elle-même, que le rapport de cette obligation avec une certaine personne. Aussi est-il admis que cet événement ne fait sortir de l'obligation que la personne du débiteur décédé, mais que le créancier peut continuer à exercer sa créance contre les codébiteurs. Il est vrai que si les deux débiteurs corréaux étaient *socii*, la créance ne subsisterait plus qu'en partie (z).

15. *Capitis deminutio*.

Le débiteur qui subissait une *minima capitis deminutio* était en règle générale libéré de sa

(z) L. 71 pr. de fidej. 46, 1).
 « Sed quum duo rei promittendi sint, et alteri heres extitit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum eximia, confusa obligatione. Et puto, aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam... cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere. »
 Cf. Ribbentrop, p. 24-26.
 Le texte ne parle directement que de ce cas particulier; mais il n'y a pas de doute qu'on ne doive aussi appliquer la même règle, quand le créancier meurt, en lais-

sant pour héritier un des débiteurs; de même aussi quand un des créanciers institue héritier le débiteur commun, ou est institué par lui. Voici encore des cas quelque peu différents, mais analogues. Un créancier institue héritier son cocréancier, ou un débiteur son codébiteur. Dans ces deux cas deux créances ou deux dettes distinctes subsistent chez la même personne. L. 13 de d. r. (45, 2), L. 5 de fid. (46, 1), L. 93 pr. § 1, 2 de sol. (46, 3). Au contraire la succession entre le débiteur principal et la caution éteint le rapport de cautionnement. L. 5 cit., L. 93 § 2 cit.

dette d'après l'ancien droit (*aa*). En supposant que cette libération atteignît l'un des débiteurs corréaux, on pourrait se demander si cet événement aurait le même caractère que le paiement, et serait apte à libérer en même temps les codébiteurs.

Il n'en était pas ainsi en fait, mais cette libération avait, comme la confusion dont nous venons de traiter, une nature et une efficacité simplement personnelles. Le débiteur seul, que ce changement avait atteint, cessait d'être au nombre des débiteurs corréaux; mais ses codébiteurs restaient encore obligés comme auparavant (*bb*).

§ 20.

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. B. OBLIGATION CORRÉALE. CAS IMPROPREMENT DITS.

Nous avons déjà fait remarquer plus haut (§ 16 *c*), qu'à côté des cas véritables de corréalité exposés ici, il y avait aussi des cas improprement dits, qui n'ont de commun avec les premiers que cer-

(*aa*) Cf. *Système*, t. 2, § 70, t. 7, § 333.

(*bb*) *L. 19 de d. r.* (45, 2).
« *Quum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminu-*

tione exemptus est obligatione, alter non liberatur. » La partie qui suit a été transcrite plus haut, § 18, *g*.

taines conséquences isolées (a), mais qui en diffèrent dans leur essence. Ces cas exigent une étude attentive et minutieuse, soit parce qu'ils sont nombreux et importants, soit parce que nos auteurs, faute d'avoir distingué ces deux classes de cas, sont tombés dans maintes erreurs au point de vue des idées et des règles de droit.

On peut signaler ici tout d'abord une différence importante entre ces deux séries de faits. Le véritable rapport de corréalité, en tant qu'il dérive de la volonté des parties intéressées, se présente aussi bien à l'égard de plusieurs créanciers (activement) qu'à l'égard de plusieurs débiteurs (passivement) (§ 16). Au contraire, les cas improprement dits, qu'il s'agit d'exposer maintenant, ne se présentent jamais qu'à l'égard de plusieurs débiteurs (passivement).

Les cas du rapport de corréalité improprement dit sont les suivants :

A. L'obligation née d'un délit, en tant qu'elle porte sur l'indemnité.

J'ai développé à un autre endroit cette idée que les délits engendrent deux espèces d'obligations

(a) Les résultats les plus importants qui sont communs à ces deux classes sont les suivants : Plusieurs débiteurs peuvent, selon le libre choix du créancier,

être actionnés pour le tout ; le paiement fait par un seul des débiteurs libère en même temps tous les autres codébiteurs.

et d'actions essentiellement distinctes : les unes ayant pour objet une peine (actions pénales bilatérales), les autres une indemnité (actions pénales unilatérales). On poursuit ces deux buts tantôt par des actions différentes, tantôt par une seule et même action, qui présente alors une nature mixte et complexe (b).

Quand un délit est commis par plusieurs individus à la fois, alors peut s'élever la question de savoir si ce fait fera naître entre ces débiteurs un rapport de corréalité, ou quelque chose d'analogue.

Sur cette question il faut avant tout mettre dans une classe à part les actions pénales bilatérales. Chaque agent du délit supporte la peine tout entière, absolument comme s'il avait agi seul, de sorte que la peine est due dans l'intérêt de la personne lésée autant de fois qu'il y a d'individus ayant pris part au délit. Ce principe important n'est formulé nulle part en termes généraux ; mais il résulte d'inductions si puissantes qu'on ne peut pas douter de son exactitude (c).

(b) *Système*, t. 5 § 210, 211.

(c) *Système*, t. 5. § 211, b, et p. 234 (p. 251, trad.), où sont cités d'une manière complète les textes qui démontrent les propositions énoncées ici dans le corps de l'ouvrage. — Il n'y a à cette règle qu'une seule exception véritable, qui reposait sans doute

sur une simple confusion de la peine avec l'indemnité, et non pas sur des incertitudes qui auraient plané sur la règle elle-même. Quand plusieurs individus trompent le fisc, la peine est portée au quadruple, mais elle n'est due qu'une fois par tous les agents ; chacun n'en doit par conséquent,

Quelques exemples vont mettre la règle en lumière et la rendre incontestable. Quand trois personnes volent cent en commun, la peine se serait élevée à deux cents pour un voleur commettant seul le délit. C'est cette somme que, dans l'hypothèse ici posée, chacun des trois voleurs doit payer, de sorte que le volé va obtenir six cents. — Quand deux personnes tuent en commun le cheval d'autrui, qui avait une valeur de cent dans la dernière année, chacun paie cent, et le propriétaire obtient ainsi deux cents (d).

Dans les cas d'actions pénales bilatérales il n'y a donc pas même apparence d'analogie avec le rapport de corréalité.

Il en est autrement des actions pénales unilatérales, dont l'essence est d'avoir pour objet une

si les autres sont solvables, payer qu'une partie. — L. 46 § 9 *de j. fisci* (49, 14). Finestres in *Hermogenianum*, p. 1047.

(d) Il semble que ce soit une inconséquence de ranger le cas de l'*actio legis Aquiliae* parmi les actions pénales bilatérales : car cette action porte tout d'abord sur une simple indemnité. Mais par suite du calcul artificiel qu'on y introduisait (*in eo anno*, ou *in diebus xxx proximis*) elle pouvait accidentellement avoir pour conséquence tantôt une simple indemnité, tantôt une indemnité et une peine, et dans ce dernier cas la peine était indissolublement liée à l'indemnité. Cette

éventualité faisait traiter l'action comme une pure action pénale bilatérale. Cf. *Système*, t. 5, p. 234, 236 (p. 251, 253, trad.). — C'est ainsi que les choses se passent dans le droit romain. Si on admet, d'après le droit actuel, que cette action porte sur une pure indemnité, sans aucun calcul artificiel pour la peine (point dont il sera question plus tard), il ne faut plus la considérer comme une action pénale bilatérale, mais comme une action unilatérale. Elle figure alors, au point de vue de la question actuelle, sur le même plan que l'*actio dolī*, et non plus sur le même que l'*actio furti*.

indemnité pure et simple, résultat d'un délit.

Sans doute ici encore, d'après le principe, quand le délit est commis par plusieurs, l'acte de chaque individu est considéré comme indépendant, sans rapport avec les autres agents, de sorte que chacun d'eux est obligé de payer toute l'indemnité, et non pas seulement une quote part. Mais quand l'un d'eux a payé cette indemnité, les autres sont par là même libérés, parce que le fait du paiement a complètement anéanti l'idée de dommage qui était la condition de cette obligation, de sorte que désormais l'obligation n'a plus d'objet.

Il est encore vrai que ce principe n'est exprimé nulle part d'une manière générale en droit romain; mais des inductions très-puissantes le mettent hors de doute (e).

On ne peut méconnaître qu'il n'y ait là une analogie apparente entre les actions pénales unilatérales et le rapport de corréalité; c'est là ce qui de tout temps a déterminé la plupart des auteurs à admettre dans ces actions pénales un véritable rapport de corréalité. Pour discerner exactement

(e) Les textes décisifs sont cités : *Système*, t. 5, § 211, c, et p. 221 (p. 236, trad.); d'une manière encore plus complète par *Ribbentrop*, p. 90 à 106. — Il faut appliquer absolument la même règle, et pour le même

motif, à la *condictio furtiva* (L. 1 *C. de cond. furt.*, 4, 8), bien que cette action ne doive pas être considérée comme une action pénale. Cf. *Système*, t. 5. *Appendice*, XIV, n° XVII.

et sûrement ce qu'il y a sur ce point de vrai et de faux, il sera nécessaire de rappeler les effets exposés plus haut de la véritable corréalité (§ 18, 19), et, pour chacun d'eux, d'établir s'ils sont ou non applicables aux actions pénales unilatérales.

Dans ces actions le créancier peut librement choisir celui des coupables auquel il veut demander l'indemnité tout entière. — Si l'un d'eux a payé cette indemnité, volontairement ou par force, tous les autres sont libérés. — En ce qui touche ces effets principaux, les actions pénales unilatérales concordent par conséquent avec le rapport de corréalité.

Mais en ce qui touche les autres conséquences du rapport de corréalité (§ 18, 19), on voit apparaître les différences les plus marquées entre ce rapport et les actions pénales unilatérales. Ces différences peuvent même se ramener à un principe capital.

Tous les faits que nous avons reconnus plus haut (§ 18) comme des équivalents du paiement, comme des moyens indirects de donner satisfaction au créancier, éteignent la dette vis-à-vis de tous les débiteurs également, même dans les actions pénales unilatérales. — C'est le dépôt fait en justice, la *in solutum datio*, la novation (en tant qu'elle remplace véritablement le paiement), la compen-

sation, qui a été employée comme mode de paiement.

Les faits suivants, au contraire, ne produisent dans les actions pénales aucun effet au regard des autres débiteurs : l'acceptilation, le simple pacte, la transaction (en tant qu'elle n'amène pas une satisfaction partielle); puis tous les faits qui ont trait à la procédure, comme la consommation, le serment, le jugement d'absolution (f).

B. Certaines obligations résultant de contrats faits en commun sans rapport de corréalité.

Nous avons dit plus haut que les obligations naissant de la vente, du louage, du commodat, du dépôt, etc., quand plusieurs personnes y figurent d'un seul côté, n'atteignent chacune de ces personnes que pour sa part, mais qu'une obligation corréale peut y être spécialement insérée, et que cette insertion pouvait même se faire, chez les Romains, par un simple pacte. Ce point est non-seulement reconnu dans des applications particulières; il fait même l'objet principal d'un texte remarquable de Papinien (§ 17, p).

Les cas où on stipule la corréalité ne peuvent

(f) Ribbentrop, § 28, 29. — Sont très-importantes sous ce rapport : les L. 7 § 4 *quod falso* (27, 6), « perceptione non elec-

tione, » L. 3, 4 *de his qui effud.* (9, 3), « perceptione, non litis contestatione. »

faire l'objet d'aucune nouvelle difficulté; mais les autres cas (dans lesquels elle n'est pas stipulée) exigent un examen plus attentif.

Je veux d'abord citer des cas dans lesquels il est incontestable qu'il faut appliquer purement et simplement la règle que nous venons de rappeler ici. Quand quelqu'un achète ou loue à deux personnes un immeuble pour la somme de cent, sans convention de corréalité, il ne peut très-certainement réclamer de chacune d'elles que cinquante; aucune des deux ne répond de l'autre (g).

Mais le rapport de droit peut se présenter sous une autre forme, quand l'obligation dont il s'agit de poursuivre l'exécution repose non pas, comme dans les hypothèses dont nous venons de parler, simplement sur une convention, mais sur un fait ou une omission du débiteur, intervenue postérieurement; cette circonstance imprime alors à l'ensemble du rapport de droit un caractère plus personnel. A cet ordre de faits appartiennent les cas suivants.

Le dépôt n'oblige, en principe, le dépositaire qu'à répondre de son dol, et non de sa faute; aussi n'est-il pas responsable quand un tiers vole la

(g) Une disposition toute positive, isolée et ayant un caractère de police, déclarait tenus soli-

dairement plusieurs marchands d'esclaves, qui étaient en société. L. 44 § 1 de *ædil. ed.* (21, 1).

chose, bien qu'on doive admettre que sans une faute de sa part ce vol pouvait ne pas arriver (*h*). Quand on donne une chose à garder à deux personnes, sans convention de corréalité, et qu'elle est frauduleusement détournée par toutes deux, chacune d'elles est obligée *in solidum*; mais quand l'une a payé, l'autre est libérée, parce que l'idée du dommage causé, par conséquent, la condition de fait de l'indemnité, a disparu. Si l'une d'elles a seule commis la soustraction, elle est seule obligée; par conséquent si, par méprise, l'autre est actionnée, et que le juge l'absolve à bon droit, ce fait n'empêche pas l'exercice de l'action contre le coupable (*i*). Il est évident qu'on applique ici les mêmes principes que ceux que nous avons exposés plus haut pour les actions pénales unilatérales. S'il y avait ici une obligation corréale, l'exercice de l'action du contrat contre le non-coupable aurait aussi consommé l'obligation contre le coupable. Le principe que chacun des coupables peut être actionné, non pas seulement pour moitié, mais pour le tout, repose sur le même motif que dans l'action pénale unilatérale, contre deux agents du même délit. Car, bien qu'ici on intente non pas une action pénale,

(*h*) § 3 *J. quib. modis re* (3, 14).
(*i*) *L. 1 § 43 depositi* (16, 3). On renvoie ici d'une manière for-

melle à l'*exemplum duorum tutorum*.

mais une action naissant d'un contrat, cependant ce n'est pas l'objet direct du contrat que le créancier poursuit par cette action; c'est la violation d'un droit, commise à l'occasion du contrat, violation qui, dans ce cas, revêt même complètement la nature d'un délit, et d'un délit entaché de dol (k).

Un engagement qui diffère quelque peu de celui-là, mais qui repose sur des principes analogues, est celui de plusieurs locataires ou commodataires, qui reçoivent une chose pour un usage commun, sans se constituer pourtant débiteurs corréaux. Supposons, par exemple, une voiture destinée à un voyage qu'ils veulent entreprendre pour une affaire commune. Sans doute, s'ils détournent la chose d'un commun accord, ils sont absolument dans la position que nous venons d'indiquer quant au dépôt. Mais les locataires et commodataires sont aussi obligés à la *diligentia*, et on fait une application remarquable de cette obligation, quand on décide qu'ils sont obligés de

(k) Cette décision est admise aussi d'une manière spéciale, en cas d'action dirigée contre plusieurs héritiers du dépositaire primitif. Le dol du défunt les oblige chacun pour leur part. Si chacun d'eux a détourné dans son intérêt propre une partie du dépôt (sans qu'il y ait entre eux

d'acte fait en commun), chacun n'est responsable que pour sa part. S'ils ont commis la soustraction en commun, ils sont responsables *in solidum*, absolument comme deux dépositaires primitifs (note i). L. 9, L. 22 *de pos.* (16, 3).

réparer la perte de la chose survenue par suite d'un vol; car on admet d'une manière générale que chacun d'eux aurait pu empêcher le vol par sa *diligentia*. En supposant que, dans l'hypothèse en question, la chose soit volée par un tiers, chacun est obligé *in solidum* à l'indemnité; car on peut faire à chacun ce reproche qu'il aurait pu prévenir tout le dommage par la *diligentia* qui lui incombait. Par conséquent, on peut dire que chacun est tenu de la *diligentia* complète, et non pas d'une demi *diligentia*. Mais, en revanche, chacun d'eux a l'*actio furti* contre le voleur (*k'*).

C. Les cas que nous avons développés jusqu'à présent vont éclaircir en même temps le rapport de droit très-important auquel nous arrivons. Quand plusieurs cotuteurs administrent en commun, la règle est que chacun d'eux n'est obligé que pour sa part envers le pupille; mais les circonstances peuvent donner lieu aussi à une obligation solidaire, même à raison des actes préjudiciables de l'un des tuteurs, parce que l'autre aurait pu et dû les empêcher par une surveillance convenable, absolument comme, dans l'hypothèse citée plus haut, chaque locataire de la voiture pouvait sépa-

(*k'*) L. 5 § 15, L. 6, L. 7 pr. comm. (13, 6).

rément empêcher le vol. Par conséquent, chaque tuteur peut être actionné pour le tout, et le paiement qu'il fait libère ses cotuteurs (1).

L'engagement solidaire des cotuteurs se présente naturellement aussi dans le cas où le droit du pupille se fonde sur des actes d'infidélité communs aux tuteurs, hypothèse qui laisse encore place à un doute tout particulier. Les Douze Tables avaient introduit pour ce cas une action spéciale, l'*actio de rationibus distrahendis*, portant sur une valeur double de la soustraction. Il semble que ce soit une action pénale bilatérale, dans laquelle les principes exposés plus haut ne permettraient pas que le paiement fait par l'un des cotuteurs pût libérer l'autre (note c). Cependant on doit admettre ici cette libération; elle s'explique par la considération que la double valeur, objet de l'action, n'est pas considérée uniquement comme une peine, mais plutôt comme un intérêt plus élevé dans l'*actio tutelæ*, évalué arbitrairement, pour le plus grand avantage du pupille qui avait été trompé. Il n'y avait donc qu'une seule et même *actio tutelæ*, renfermant une double con-

(1) Sur l'obligation solidaire des tuteurs, qui ne peut être traitée d'une manière satisfaisante que sur la théorie de la tutelle, cf. Ribbentrop, § 9, 10, et Ru-

dorff, Vormundschaft (Tutelle), § 161. Il ne pouvait y avoir ici d'*actio pro socio*: car le rapport entre cotuteurs ne repose pas sur un contrat.

demnatio, qui était laissée au libre choix du demandeur (*m*).

En comparant les cas rassemblés ici (dépôt, louage et commodat, tutelle) avec les actions pénales unilatérales, nous devons leur attribuer des effets absolument identiques. Ici aussi le créancier peut attaquer chaque débiteur pour le tout ; ici aussi le paiement fait par l'un des débiteurs libère tous les autres ; ici enfin, aucun des autres modes d'extinction des obligations n'exerce d'influence générale et décisive qu'autant qu'on peut les considérer comme équivalant véritablement au paiement.

On rapproche très-souvent encore des rapports contractuels que nous venons d'exposer une autre situation qui non-seulement en diffère, mais qui présente encore moins d'analogie que ces rapports avec la véritable corréalité. C'est la situation d'un mandant qui donne ordre à une autre personne de prêter de l'argent à un tiers, et se place, par là, dans une situation analogue à celle de la caution. Voici les principales règles appliquées à cette situation. Si le débiteur principal paie, le *mandator* est libéré, car il n'y a plus de dommage à répa-

(*m*) L. 1 § 21, 22, L. 2 § 1, L. 15 de tutelæ (27, 3), L. 55 § 1 de ad- min. (26, 7).

rer (n). — Plusieurs *mandatores*, indépendants les uns des autres, sont responsables *in solidum* ; le paiement fait par l'un libère les autres, par le motif déjà énoncé ; au contraire, les autres ne sont pas libérés quand l'un d'eux est seulement poursuivi, et même quand il est absous (o). Le paiement fait par un *mandator* ne libère pas le débiteur principal, parce qu'entre eux il n'existe aucune relation juridique (p). — Il est évident qu'il ne faut voir dans cette hypothèse qu'une analogie très-éloignée avec le rapport de corréalité.

§ 21.

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. B. OBLIGATION CORRÉALE. CAS IMPROPREMENT DITS (suite).

D. Actions dites *actiones adjectitiæ qualitatis* (a).

La dernière classe des cas de corréalité improprement dite comprend une série d'actions qui, indépendamment de l'action ordinaire résultant de l'obligation, peuvent être intentées contre une

(n) L. 27 § 5 *mand.* (17, 1), L. 13, L. 71 *pr. de fidej.* (46, 1). — Cf. sur toute cette hypothèse : Ribbentrop, § 12.

(o) L. 52 § 3 *de fidej.* (46, 1).

(p) L. 28 *mand.* (17, 1), L. 13

de fidej. (46, 1), L. 95 § 10 *de sol.* (46, 3).

(a) Ces cas sont traités à fond par Keller, *Litiscontestation*, § 49, 50, 51.

autre personne, considérée comme le véritable débiteur. Deux de ces actions ont trait à des rapports commerciaux, dans lesquels le débiteur fait les affaires d'autrui ; les autres supposent la dépendance du débiteur, placé sous la puissance domestique d'un père ou d'un maître. Ces actions sont les suivantes :

Actio exercitoria et institoria ;

Actio de peculio, de in rem verso, quod jussu, tributoria.

Quand un armateur (*exercitor*), ne conduisant pas par lui-même telle opération, en confie la direction à un représentant (*magister*, capitaine), et que ce représentant se livre à des négociations dans les limites de ses pouvoirs, sans doute ce dernier est et demeure le débiteur véritable et proprement dit. Mais, en vertu de ces opérations, l'armateur est obligé, lui aussi, de répondre à la même action que le débiteur, action qui reçoit alors la qualification d'*exercitoria actio*. Aussi le créancier a-t-il le choix entre deux actions à intenter contre des personnes différentes ; ces deux actions ont le même objet (b), et c'est en cela que consiste l'analogie évidente de ce rapport de droit

(b) L. 1 § 17, 24. L. 5 § 1 de *exerc.* (14, 1). Dans le dernier de ces textes le rapport de droit est

ainsi indiqué : « hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur. »

avec l'obligation corréale. Mais cette analogie reçoit une extension encore plus vaste. Quand plusieurs armateurs du même navire ont constitué le *magister*, l'*exercitoria actio* peut également être intentée *in solidum* contre chaque armateur en particulier (c).

On trouve exactement le même rapport de droit dans le cas où l'entrepreneur de quelque autre opération industrielle (commerce, fabrique, agriculture, etc.) met un préposé (*institor*) à la tête de cette entreprise, et où celui-ci fait des contrats dans les limites de son mandat. Le créancier a le choix de s'attaquer à l'*institor* par l'action ordinaire du contrat, ou à l'entrepreneur par cette même action, qui prend le nom d'*institoria actio* (d). Si l'établissement appartient à plusieurs individus, qui ont préposé ensemble l'*institor*, chacun d'eux est aussi obligé de souffrir contre lui l'exercice de l'action *in solidum* (e).

Quand le fils ou l'esclave en puissance fait un contrat, il se constitue d'abord lui-même débiteur. Mais si un pécule lui avait été confié antérieurement, l'action du contrat peut être en même temps exercée contre le père de famille avec l'ad-

(c) L. 1 § 25. L. 2, L. 3, L. 4 § 1, L. 5 § 2 de exerc. (14, 1).

(d) L. 1 pr. L. 7 § 1, de instit. (14, 3).

(e) L. 13 § 2, de instit. (14, 3).

dition : *de peculio*, de sorte que le créancier a, en quelque sorte, deux débiteurs, contre lesquels il peut, à son choix, intenter l'action (f). — Il se produit un effet analogue dans les actions : *de in rem verso*, *quod jussu*, *tributoria*.

Cette idée émise par nous, que dans les cas de cette espèce le créancier peut d'abord poursuivre le débiteur proprement dit, doit s'entendre dans le droit romain avec cette restriction générale que le débiteur principal ne se trouvait pas être un esclave, hypothèse qui pouvait se présenter dans toutes les actions que nous venons d'énumérer. Car un esclave ne pouvait pas être actionné ; il ne pouvait figurer comme débiteur que dans une obligation dépourvue d'action (§ 10, b, g). — En outre, chacune des actions que nous venons d'indiquer est soumise à des conditions et à des restrictions particulières, qui devront être exposées plus tard d'une manière complète, chacune en son lieu.

Nous n'avons examiné ici tout ce rapport de droit qu'en tant qu'il donne naissance à une obligation corréale (véritable, ou seulement apparente), et c'est ce point qu'il faut justifier en cet endroit.

(f) L. 44, 45 *de peculio* (15, 1).

Nous avons déjà constaté une analogie avec l'obligation corréale : le créancier a en face de lui deux personnes, dont chacune peut être actionnée par lui à son choix , pour toute la dette.

Nous pouvons ajouter de suite, et sans hésiter, une seconde analogie; quand l'un ou l'autre de ces débiteurs paie, tous deux sont libérés. Cette idée, que le débiteur principal peut, par un paiement, éteindre la dette d'une manière absolue, se comprend d'elle-même, et cette autre idée, que l'autre débiteur est capable, en payant, de produire un effet aussi absolu, ne peut pas souffrir de difficulté; car un tiers lui-même, quel qu'il soit, peut éteindre une dette en la payant, s'il le fait dans cette intention (g).

Il nous faut encore faire un pas de plus et mettre en évidence une analogie qu'il n'était pas possible de reconnaître même dans les cas qui précèdent immédiatement ceux-ci (§ 20). Quand dans l'une ou l'autre des deux actions susceptibles d'être intentées ici, la litiscontestation était intervenue, les deux actions étaient complètement anéanties par la consommation résultant de cet acte de procédure, quelle que fût l'issue du procès. Le motif de cette disposition particulière était un motif

(g) L. 23, 53 de sol. (46, 3). L. 39 de neg. gestis (3, 5).

purement accidentel. Il résultait simplement de ce que, dans les deux actions, l'*intentio* était exactement conçue dans les mêmes termes, et devait également exprimer les noms des mêmes personnes (h).

Malgré ces analogies, nous devons cependant décider que les actions ici énumérées ne renfermaient pas, au fond, un véritable rapport de corréalité. Voici plutôt comment il faut les concevoir.

Pour celui-là seul qui avait conclu l'opération (le *magister*, l'*institor*, le fils, qui possédait un pécule), il y avait une obligation véritable et proprement dite. Tous les modes d'extinction des obligations, tels que nous les avons énumérés plus haut (§ 18, 19), quand ils venaient à atteindre cette obligation, l'anéantissaient à tous égards, et rendaient désormais impossible même l'exercice de l'action accessoire. Dans cet ordre d'idées rentrent notamment les modes d'extinction fondés sur la simple volonté. Quand donc le créancier remettait la dette à l'*institor* par acceptilation, il n'y avait plus de dette qui pût être ensuite poursuivie contre le maître de l'établissement par

(h) Keller, l. c. Il met parfaitement ce point en lumière en présentant, p. 429, la formule

d'une *actio de peculio*, combinée avec l'*actio de in rem verso* pour le même cas.

l'institoria actio ; de même quand une novation intervenait (i), sans s'inquiéter du point de savoir si elle donnait ou non satisfaction au créancier. — Mais il faut bien se garder de renverser toutes ces propositions. Une acceptilation du créancier, faite à l'entrepreneur de l'opération, aurait été un non-sens ; car celui-ci n'était pas, à proprement parler, débiteur ; seulement il était obligé de répondre à une action qui ne le concernait pas directement. Et même, une novation faite avec cet entrepreneur ne libérait *l'institor* qu'autant qu'il était possible d'y voir un véritable équivalent du paiement, mais non quand elle ne devait jouer que le rôle d'une simple formalité (analogue à l'acceptilation).

Par tous ces motifs, les actions dites *actiones adjectitiæ qualitatis* doivent donc aussi être rangées parmi les cas improprement dits de corréalité. Cependant il faut convenir que cette proposition présente un intérêt plus théorique que pratique, et qu'une discussion avec les auteurs qui seraient portés à admettre ici un véritable rapport de corréalité, ne présenterait rien de sérieux ni de fé-

(i) Cette proposition est directement exprimée dans la *L. 13 § 1 de instit.* (14, 3). « *Meminisse autem oportebit, institoria domi-*

num ita demum teneri, si non novaverit quis eam obligationem vel ab institore, vel ab alio novandi animo stipulando. »

cond. Contre l'opinion de ces auteurs, il faut surtout faire remarquer que, dans les cas énumérés ici, il ne serait pas possible de trouver un argument solide pour admettre que la corréalité résulte de la loi seule, sans le consentement des débiteurs (§ 17, a); car dans presque tous les cas que nous venons de présenter, c'est d'après le consentement précis du second débiteur qui vient se joindre au premier, que se règlent les effets de l'obligation. L'armateur et le propriétaire de la fabrique, en établissant le *magister* ou l'*institor*, ont précisément consenti à laisser exercer contre eux-mêmes les actions résultant des contrats faits par leurs préposés; il en est de même du père, qui confie à son fils un pécule (*actio de peculio et tributoria*), ou qui fait conclure par son fils une opération isolée (*quod jussu*). Il ne resterait donc de doute que sur l'*actio de in rem verso*, qui toutefois se rattache tout particulièrement à des principes plus généraux du droit; par conséquent il est certain qu'elle n'a pas la force de modifier le principe de la formation des obligations corréales.

§ 22.

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. B.
OBLIGATION CORRÉALE. SIGNIFICATION PRATIQUE
DE CETTE INSTITUTION JURIDIQUE.

Nous avons jusqu'à présent établi et exposé ce qu'était en droit romain, d'après les sources, l'institution de l'obligation corréale et quelques autres institutions qui s'en rapprochent.

Il nous faut maintenant commencer par compléter cette théorie dans une de ses parties les plus importantes et les plus difficiles. Puis il sera nécessaire de rechercher le rapport qu'elle peut présenter avec le droit actuel.

Toutefois, avant d'entreprendre cette double recherche avec la perspective d'un résultat utile, il est indispensable de jeter un coup d'œil en arrière sur les parties principales de cette théorie exposées jusqu'ici, pour y découvrir avec certitude la véritable signification pratique de l'institution juridique, et distinguer ainsi dans les règles exposées jusqu'à présent les propositions plus ou moins essentielles.

Si nous embrassons dans leur ensemble les effets énumérés plus haut de l'obligation corréale

(§ 18, 19), nous y trouvons certains points très-singuliers, presque énigmatiques. D'un côté, nous apercevons un pouvoir arbitraire et tout spécial accordé aux créanciers; de l'autre, certains dangers résultant de circonstances accidentelles, et qui frappent non-seulement les débiteurs, mais en grande partie aussi les créanciers. Parmi plusieurs créanciers corréaux, l'un peut recouvrer pour lui seul toute la créance, ce qui fait perdre aux autres leurs droits; parmi plusieurs débiteurs, l'un peut être forcé de payer seul la dette, sans pouvoir y faire participer les autres. De même il peut arriver que l'exercice imprudent d'une action contre l'un des débiteurs fasse disparaître la créance corréale, même contre tous les autres. — Ces conséquences semblent faire de cette institution presque un jeu du hasard, distribuant à l'aventure, sans règle certaine, le gain et la perte.

Ce serait une grave erreur de considérer ces résultats, qui sont susceptibles de se produire, comme le véritable but, comme la signification pratique de l'institution. Toutes les conséquences de l'espèce ci-dessus décrite découlent purement et simplement des principes juridiques, qu'il n'est pas possible d'éviter, et sont étrangères au véritable sens et au but de l'institution. La perspective de ces

risques à courir peut bien rendre opportune une prudence toute spéciale, quand on est sur le point de s'engager dans un rapport de corréalité, de même que quand il s'agit de l'exercice des droits que doit faire naître ce rapport; la confiance des parties l'une dans l'autre, d'une part; certaines conventions accessoires et protectrices, d'autres part, peuvent écarter ou atténuer les dangers ci-dessus mentionnés. Mais il est facile d'indiquer, d'une manière très-générale et très-précise, en quoi consiste la véritable signification pratique de l'obligation corréale, comparée à un rapport d'obligation divisé entre plusieurs personnes. Elle est destinée à conférer au créancier un pouvoir plus étendu dans la poursuite de sa créance : telle est sa véritable signification pratique.

Ce pouvoir plus étendu du créancier se manifeste dans l'obligation corréale passive (par conséquent dans le cas le plus fréquent et le plus important) à un double point de vue : d'abord en ce qu'il peut choisir parmi plusieurs débiteurs celui dont la fortune lui offre les garanties les plus considérables pour l'exécution; en outre, en ce qu'il peut atteindre son but par une action unique, d'une façon plus facile et plus commode, tandis qu'autrement il serait obligé d'intenter plusieurs

actions contre différents débiteurs, qui habitent peut-être des pays éloignés l'un de l'autre. Il y a là pour lui épargne de temps, de peine et d'argent. Ajoutons que ce mode tout spécial de poursuite est à la discrétion complète du créancier, qui reste parfaitement libre de considérer l'obligation sous cette face particulière, ou de la traiter comme une obligation divisée (§ 18, b).

Il en est de même encore dans l'obligation corréale active, sauf cette différence bien naturelle qu'ici le but unique qu'on veut atteindre, c'est un mode de poursuite plus facile et plus commode.

Il est de la plus haute importance d'établir très-nettement et très-solidement que la véritable signification de l'institution de l'obligation corréale repose sur les deux buts que nous venons d'indiquer, et sur eux exclusivement : sûreté et commodité dans la poursuite du droit *a)*. Tant

a) Une allusion évidente à ces deux buts de l'obligation corréale se trouve dans un texte de Marcellus, déjà cité plus haut (§ 18, b), la *L. 47 loc.* (19, 2). Ce texte parle d'une obligation corréale résultant de contrats consensuels, cas qui, vraisemblablement, appartenait au développement plus récent de l'institution, et qui, par conséquent aussi, ne présentait pas toujours, dans ses effets, une analogie parfaite avec les cas primitifs (la stipulation). Il n'y avait pas de doute que, dans ce cas aussi, le créancier dût avoir les garanties

les plus étendues, par conséquent que le codébiteur solvable répondit de l'insolvabilité de son codébiteur. Cependant certains jurisconsultes semblent avoir refusé à ce créancier la faculté de poursuivre plus commodément son droit par une seule action dirigée contre l'un des codébiteurs arbitrairement choisi, à condition toutefois que les autres débiteurs seraient également solvables. Mais Marcellus lui-même professe une autre opinion, et il accorde indistinctement à ces créanciers corréaux les deux avantages de l'obli-

que ces deux buts, créés uniquement dans l'intérêt des créanciers, restent à l'abri de toute atteinte, on peut, par des motifs d'équité, essayer d'y apporter quelques modifications, soit par convention, soit par application de règles de droit plus générales, sans faire brèche à l'essence de l'institution par une inconséquence.

Le point de vue auquel nous venons de nous placer se réfère à l'obligation corréale véritable et proprement dite. Les cas improprement dits (§ 20) diffèrent sans doute de cette corréalité véritable; cependant on a été guidé par le même point de vue dans la formation des règles de droit applicables à ces cas. Le principe qui veut qu'en vertu d'un délit commis par plusieurs individus, chacun d'eux soit obligé, solidairement, au paiement de l'indemnité, ne résulte pas de la conviction, dans laquelle on serait, que chacun d'eux aurait, en réalité, été seul l'auteur de tout le dommage (car il serait possible que ce dommage ne puisse être produit que par les forces combinées de tous les agents); mais cette règle a été établie pour aider la victime du délit à obtenir le plus sûrement et le plus commodément la réparation du dom-

gation corréale (sûreté et commodité dans la poursuite), de même que ces avantages n'ont certaine-

ment jamais été contestés aux créanciers corréaux primitifs (par stipulation).

mage, avantage auquel elle peut certainement prétendre à bon droit. Il n'est donc pas exact de vouloir considérer comme tout à fait distincts, ainsi que le font certains auteurs, les cas de l'obligation corréale véritable et improprement dite, en tant qu'il s'agit du point de vue pratique sur lequel ils sont fondés (b).

Pour nous convaincre et nous rendre bien clairement compte de l'assertion émise ici, il sera nécessaire de jeter un coup d'œil sur les relations de la vie des affaires, dans lesquelles se présente ordinairement une obligation corréale. Cet examen nous mettra en même temps sur la voie de la réponse à faire à la question soulevée plus haut (§ 16), mais provisoirement ajournée, sur le principe admis en droit romain, et d'après lequel toute obligation où figurent plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs ne doit, en règle générale, concerner chacun d'eux que pour sa part, mais peut exceptionnellement concerner chacun des contractants pour le tout (*in solidum*), quand la libre volonté des parties intéressées s'est fixée sur cette disposition toute particulière. De cette re-

(b) Cette observation ne porte atteinte ni à l'exactitude ni à l'importance de la distinction que moi aussi j'ai établie entre les cas véritables et les cas improprement dits de l'obligation corréale (§ 16, c).

Elle n'est destinée qu'à prévenir une exagération dans les suites de cette distinction, comme cela se présente par exemple dans Schroeter, p. 431-433.

cherche résultera la solution de la question de savoir si ce rapport fondamental de règle et d'exception repose sur des principes essentiels, et peut par conséquent revendiquer sa place sans modification, même dans le droit actuel.

Quand le propriétaire d'un fonds le loue à deux personnes pour mille thalers ¹ par an, il procure à chacune d'elles la moitié des avantages qu'on peut retirer de la jouissance du bien. La compensation naturelle de ces avantages consiste dans l'obligation, pour chaque fermier, de lui payer cinq cents thalers, parce que chacun d'eux recueille, par le fait du propriétaire, la valeur de cette somme, ni plus ni moins. — Il en est absolument de même quand un fonds est vendu à deux personnes pour dix mille thalers; chacun des acheteurs reçoit une valeur de cinq mille, et doit payer cette somme comme équivalent naturel de l'avantage qu'il a obtenu. — Voici encore un cas exactement semblable : quelqu'un prête cent thalers à deux personnes; chacune d'elles reçoit en réalité la valeur de cinquante, et l'engagement que fait naître tout naturellement la réception de cette somme consiste en ce que chacune d'elles devra plus tard rembourser cinquante.

¹ 3750 francs. Le thaler ou écu de Prusse vaut environ 3 fr. 75 c.

Quand, dans les cas que nous venons d'indiquer, on insère une convention de corréalité, pourquoi le fait-on ? Ce n'est certainement pas parce qu'on se figure que chacun des débiteurs aurait profité d'une valeur supérieure à celle que nous venons de fixer ; mais c'est que le créancier, pour sa sûreté et sa commodité, trouve bon de remplacer l'obligation de droit commun par cette disposition artificielle, et que les débiteurs veulent bien s'y soumettre. Telle est la véritable signification pratique de l'institution, tout le reste n'en est que la conséquence juridique, et non le but proprement dit. Le créancier est en même temps obligé d'accepter les risques et les inconvénients inséparables de cette situation ; car ce n'est que par ce moyen qu'il peut obtenir les avantages ci-dessus mentionnés ; les débiteurs y sont obligés aussi, parce que ce n'est que sous cette condition que le créancier veut bien leur consentir le bail, la vente ou le prêt.

De cet examen découle la justification complète du principe fondamental de règle et d'exception, admis en droit romain. Ainsi le rapport de corréalité ne peut pas être regardé comme injuste ou inique. Ce reproche disparaît complètement en présence du fait que les parties y ont volontairement consenti. Mais il faut bien admettre que ce

rapport ne constitue pas le rapport de droit commun; il ne se sous-entend jamais, et il ne peut résulter, comme convention artificielle, que de la volonté spéciale des personnes qui créent l'obligation.

Il faut encore, pour achever la démonstration, ajouter cette observation. Dans les hypothèses dont il s'agit, il peut y avoir en même temps une société entre les débiteurs; ainsi, quand les fermiers ou les acheteurs veulent jouir du fonds et le cultiver en commun, ou quand les débiteurs, en vertu du prêt, utilisent dans une entreprise commune la somme de cent thalers qu'ils ont empruntée. Mais cette circonstance accessoire est étrangère au rapport de corréalité; elle est indifférente pour le créancier, et peut lui rester parfaitement inconnue. On peut aussi concevoir la situation en ce sens que le fonds de terre, partagé immédiatement, est cultivé par chaque fermier pour son propre compte, ou est attribué à chaque acheteur pour la moitié comme propriété exclusive, en ce sens encore que chacun des deux débiteurs, en vertu du prêt, reçoit et consomme pour lui seul cinquante thalers. Dans ces cas, chaque débiteur a dans la dette un intérêt propre et partiel, et il ne s'engage dans le rapport solidaire, onéreux pour lui, que parce que le créancier l'a exigé. Quand donc nous allons au fond des choses, nous devons les

considérer comme si chacun avait contracté une dette propre pour la moitié, et avait de plus fourni un cautionnement pour la moitié de son codébiteur. Mais nous ne pouvons pas appeler cet acte un cautionnement, ni y appliquer les règles de droit spéciales à la *fidejussio*; car on a employé, pour atteindre ce but, une forme juridique toute différente (et certes plus favorable au créancier) (c). Mais l'intention des codébiteurs et les relations qui existent entre eux ne peuvent en réalité s'interpréter que de cette manière. De même donc que la caution ordinaire est, avec le débiteur principal, dans un rapport de mandat, en supposant toutefois que le débiteur connaît le cautionnement et ne s'y oppose pas, et cela même en l'absence d'une manifestation de volonté expresse et positive (d), — de même exactement, chacun des deux fermiers a donné à l'autre le mandat de s'obliger solidairement, car ce n'était que sous cette condition que tout le contrat de louage pouvait être conclu.

(c) Les Romains avaient trois formes bien distinctes de cautionnement, sans toutefois s'attacher (exclusivement à ces formes Gaius, III, § 116). Chez nous, il est difficile de faire une convention de ce genre sans employer les expressions : caution et cautionnement. Le caractère essentiel de ce contrat doit consister en ceci : il faut qu'il

fasse apercevoir lui-même l'intention de contracter un engagement accessoire, c'est-à-dire l'intention de la caution de s'obliger pour une affaire qui lui est étrangère. C'est précisément là ce qu'on n'aperçoit pas à l'inspection d'une convention, telle qu'elle est ici supposée dans le texte.

(d) L. 6. § 2, *mand.* (17, 1), L. 1, § 19, *si quid in fraud.* (38, 15).

Nous pourrions essayer de faire encore un pas de plus dans cette voie, et supposer le cas où l'un des deux débiteurs corréaux n'aurait dans l'affaire aucun intérêt propre, mais ne se porterait en fait débiteur corréal qu'en apparence, et uniquement pour atteindre le but du cautionnement; ainsi, par exemple, A recevrait un prêt de cent, et B (sans prendre la moindre partie de cette somme) s'engagerait cependant dans la forme d'une obligation corréale ordinaire. Mais je ne crois pas que les Romains, avec le respect bien entendu qu'ils avaient pour les formes, aient employé un procédé de ce genre; ils se seraient plutôt, dans ce cas, servis d'une simple *fidejussio*; du moins je ne connais pas de texte qui mentionne l'autre combinaison (e). — Nous sommes donc autorisés à admettre que, dans le rapport passif de corréalité, chacun des débiteurs a toujours un intérêt propre, bien que partiel seulement, à toute l'opération juridique (f).

(e) Le seul texte, qui pourrait peut-être se référer à cette idée, est la *L. 18 ad Sc. Vell.* (16, 1). Mais il faut rapporter ce texte au cas tout différent d'une *expromissio* qui, elle aussi, est une véritable intercession, et qui, par conséquent, tombe également sous la prohibition du *Sc. Velleianum*. Cf. *L. 19 de nov.* (46, 2).

(f) Il ne faut donc pas approuver

l'opinion de beaucoup d'auteurs qui considèrent ce cas comme un cas spécial, produisant des conséquences particulières, car il faut au contraire le regarder comme le cas général. L'opinion que nous combattons est soutenue par exemple par *Schroeter*, dans la *Linde's Zeitschrift* (Revue de Linde), t. 6, p. 427.

Une observation tout à fait analogue, et plus simple encore, nous donnera une idée claire de l'emploi de la corréalité active dans la vie positive. Quand deux copropriétaires d'un fonds de terre le louent ou le vendent à un tiers, celui-ci devient, dans le cours naturel des choses, débiteur envers chaque copropriétaire, seulement pour sa part et en proportion de la quotité que lui procure dans l'immeuble chacun de ses créanciers. Il en est de même quand deux personnes mettent en commun une somme d'argent pour la prêter à un tiers. Mais il est permis, par exception, de convenir que le droit résultant de ces contrats pourra être exercé solidairement par chaque créancier. Le motif qui les porte à faire cette convention, c'est que peut-être chacun de ces créanciers est, à raison de ses occupations journalières, obligé alternativement de s'absenter très-fréquemment, auquel cas le créancier présent est mis à même, par le rapport de corréalité, de prendre soin, d'une manière facile et sûre, des droits de l'absent.

— Ce rapport peut aussi se concevoir avec et sans société. Deux capitalistes peuvent mettre leur argent dans une caisse commune, pour le placer à intérêt comme associés. Mais ils peuvent aussi, en l'absence de cette relation qui les unirait, mettre en commun un capital isolé qu'un tiers

cherche à emprunter, et établir, en le prêtant, un rapport actif de corréalité pour les motifs exprimés plus haut. Dans ce dernier cas, l'existence d'un contrat réciproque de mandat entre eux sera encore plus incontestable que dans celui de la corréalité passive, dont nous avons déjà parlé plus haut.

§ 23.

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. B. OBLIGATION CORRÉALE. RECOURS (RÈGLEMENT DÉFINITIF).

AUTEURS.

Glossa Accursii in L. 2 C. de duob. reis (8,40).

W. Bell, dans la Linde's Zeitschrift (Revue de Linde), t. 3, p. 370-422, et t. 4, p. 17-36 (1830-1831).

— — Versuche (Essais). Partie 1, n° 1, p. 116.

Schroeter, dans la Linde's Zeitschrift, t. 6, p. 409-446 (1833).

Habicht, Rechtliche Eroerterungen (Discussions juridiques). Zerbst, 1843, p. 1-77.

Vangerow, p. 76-80, où beaucoup d'autres auteurs sont cités ¹.

Les observations générales présentées au § 22 sont destinées en même temps à servir de base à la réponse à donner à une question spéciale, qui

¹ Ajoutons Demangeat, p. 225-267.

figure parmi les plus importantes de toute cette théorie, et qui, plus que toute autre, a été de tout temps fort controversée : la question du règlement définitif entre les parties intéressées, ou la question du recours. Elle a trait également à l'obligation corréale active et passive. Quand l'un des créanciers corréaux a reçu la totalité de la dette (fait en vertu duquel le but de l'obligation elle-même est atteint), est-il obligé ensuite de partager avec ses cocréanciers ? De même quand l'un des débiteurs corréaux a payé le tout, et a, par cette prestation, mis fin à l'obligation comme telle, peut-il ensuite exiger que ses codébiteurs l'indemnisent chacun pour leur part ?

On trouve déjà, parmi les jurisconsultes romains, à propos de cette question, des divergences d'opinions. Chez les glossateurs, les avis se séparent encore davantage les uns des autres, et cette controverse a, en partie, persisté jusqu'à l'époque actuelle; elle a même en partie pris une certaine extension.

Je vais commencer par exposer les points extrêmes des diverses opinions, ainsi que les principes sur lesquels elles reposent. D'un côté on nie tout droit à un règlement définitif (recours); d'un autre côté, on admet ce règlement. Mais ces deux opinions se rapprochent en ce sens qu'elles

font, dans des cas particuliers, certaines exceptions à leur règle.

Le motif le plus général de la première opinion (négative) est que la nature essentielle et abstraite de l'obligation corréale, prise en elle-même, ne conduit pas à l'idée d'un règlement; que, par conséquent, cette idée est étrangère à l'essence de l'institution. Il faut admettre cette proposition; mais, à la rigueur, ce qu'elle renferme, ce n'est pas tant la négation du recours que la simple absence d'un motif pour admettre le recours. La différence entre ces deux idées consiste en ce que, s'il était possible de trouver quelque motif pour admettre le recours à côté de l'obligation corréale et en dehors d'elle, on ne pourrait voir dans ce recours aucune contradiction avec le rapport de corréalité, ni aucune atteinte portée à son essence. Il résulte de là que les cas isolés de recours, admis par les défenseurs de cette opinion, ne peuvent pas être regardés, à proprement parler, comme de véritables exceptions apportées à une règle rigoureuse (a), mais plutôt comme des rapports de droit indépendants, qui existent en dehors et à côté du rapport de corréalité.

(a) C'est ainsi qu'elles sont comprises par Schroeter, p. 433,

434, et Habicht, p. 24.

Le motif le plus raisonnable de la seconde opinion (affirmative) réside dans le rapport fondamental de règle et d'exception exposé plus haut, que nous avons constaté dans le cas d'obligation relative à plusieurs personnes (§ 16, 22). La règle naturelle est l'obligation divisée; l'exception laissée à la discrétion des parties, c'est l'obligation solidaire. Bien qu'on ne puisse pas faire à cette exception le reproche d'injustice ou d'iniquité, puisqu'elle a pour cause le consentement des parties (§ 22), cependant elle présente toujours un caractère antinaturel, et il semble, par conséquent, qu'il soit désirable de rétablir, quant aux conséquences, la règle naturelle de la division de l'obligation, en tant que cela est possible, sans porter atteinte à l'essence du rapport de corréalité. C'est précisément là ce qui porte à admettre le recours ou le règlement définitif. Car ce règlement conduit en dernière analyse aux mêmes résultats que s'il s'agissait d'une dette qui eût toujours été divisée, et ce fait se produit à un moment où l'obligation corréale a déjà accompli comme telle, d'une manière parfaite, son effet particulier. Le recours a donc uniquement pour but d'empêcher que l'obligation corréale ne soit, en fin de compte, qu'un jeu du hasard, ce qui est d'ailleurs absolument

étranger à son essence véritable (§ 22). — On peut encore exprimer ainsi l'idée que nous venons d'exposer : le recours doit empêcher que l'un ne s'enrichisse sans cause aux dépens de l'autre, règle qui a même été textuellement consacrée dans nos sources de droit (b).

Tout en admettant ici la vérité que proclame la seconde opinion (qui accorde le recours), il faut en même temps restreindre cette vérité dans ses justes limites, ce que les écrivains modernes ont souvent oublié de faire. Les raisons que nous venons de donner à l'appui du recours conduisent simplement à le regarder comme équitable et désirable. Il semble après cela que l'admission du recours ne soit pas à proprement parler une règle de droit à poser en principe dans la pratique; c'est plutôt un problème à résoudre qui ne peut l'être d'une manière complète et satisfaisante que par l'application raisonnée d'autres règles de droit indépendantes.

C'est là aussi l'impression générale que laissent les allusions faites dans nos sources de droit à la question du recours. Elles ne la traitent nulle part d'une manière approfondie; mais elles la

(b) L. 206 de R. J. (50, 17). L. 14 de cond. ind. (12, 6), L. 17, § 4 de inst. act. (14, 3), L. 6, § 2 de j. dot.

(23, 3). C. 48 R. J. in VI (5, 13). — Cf. plus haut § 5, h.

mentionnent à propos de certains rapports de droit; et dans les décisions assez vagues et assez peu concordantes des anciens jurisconsultes, il est impossible de méconnaître le point de vue que nous venons d'indiquer.

Ils posent comme un problème à résoudre la recherche d'un motif juridique qui justifie le recours, et ils s'engagent dans diverses voies pour atteindre ce but. — En ce qui concerne spécialement la règle de droit qui défend l'enrichissement aux dépens d'autrui (note *b*) elle est indiquée dans les passages cités comme un *jure naturæ æquum*. Déjà cette expression nous amène à regarder la règle comme un principe abstrait duquel plusieurs institutions juridiques importantes tirent leur existence et leur but spécial (*c*), et non comme une idée pratique de droit, qu'il faudrait appliquer d'une manière directe et absolue; interprétation qui conduirait nécessairement aux conséquences les plus fausses (*d*). Sur

(*c*) Ainsi, par exemple, une grande partie de la théorie des conditions doit être ramenée à ce principe dominant. Dans d'autres cas, il n'engendre qu'une simple *naturalis obligatio*. § 5, *h*.

(*d*) Dans toute donation, l'un s'enrichit aux dépens de l'autre; de même dans toute vente le prix est au-dessus ou au-dessous de la valeur réelle de la chose. Pour protéger ces cas et beaucoup d'au-

tres contre les atteintes qu'ils pourraient recevoir de la règle en question, on doit restreindre et transformer la règle elle-même, de telle sorte qu'elle change complètement de caractère. Ainsi, par exemple, on devrait avant tout excepter le cas où se présente le consentement des parties, ce qui enlèverait à la règle toute possibilité d'application à l'obligation corréale.

ce point certains écrivains modernes se sont trompés en cherchant à tirer directement de cette règle de droit la décision de la question du recours (e).

Le problème véritable que nous avons à résoudre consiste plutôt, au point de vue du droit romain, à découvrir un droit d'action déterminé, fondé en lui-même, sur lequel puisse s'appuyer le droit au recours. — On ne peut atteindre ce but qu'en examinant successivement les institutions juridiques qui, étrangères à l'obligation corréale, sont susceptibles de venir se combiner avec elle (§ 16) (f). Pour chacune de ces institutions on doit mettre en relief l'action qui, en vertu de l'institution même, pourrait être employée pour faire valoir le droit au recours. — Du reste, cette recherche préliminaire se restreindra en général au cas de la corréalité passive, comme étant le plus important et en même temps le plus délicat et le plus controversé; le recours en matière de corréalité active sera plus

(e) Tel est, sur une échelle plus vaste encore, le système de Sell, p. 375-377, combiné avec ses *Versuche* (Essais, t. 1, p. 116). — Telle est aussi, mais dans des limites plus restreintes, la théorie de Schroeter, p. 421, 427, et de Vangerow, p. 79.

(f) Toutes ces institutions de

droit sont plus ou moins effleurées déjà dans nos sources de droit et chez les glossateurs, où se présente la question du recours. — Ce sont les cas qui sont présentés le plus habituellement par les modernes comme des exceptions à la règle (note a).

bas l'objet de réflexions suffisantes pour le justifier.

I. *Actio pro socio.*

Quand plusieurs personnes sont entre elles dans un rapport de société, à propos duquel elles sont amenées à contracter une dette corréale; et que l'une d'elles paie toute la dette, elle peut exiger par l'*actio pro socio* que les autres l'indemnisent du paiement en proportion de leur part. Ou voit se présenter absolument le même résultat, quand ces personnes, à l'occasion de la société, figurent dans un rapport actif de corréalité, et que l'une touche toute la créance; au moyen de cette même action, elle est forcée de mettre dans la caisse sociale l'argent qu'elle a obtenu, ou (ce qui est la même chose) de le partager avec les autres. Ce cas de recours n'est nullement contesté, et même les plus sévères défenseurs de l'opinion négative voient dans ce cas l'unique exception à la règle qu'ils soutiennent. En effet, le recours n'est pas ici susceptible de controverse; car il résulte si indubitablement des principes les plus généraux de la société, que nous serions forcés de l'admettre, alors même qu'on n'aurait jamais vu

mentionnée dans nos sources de droit cette application particulière (fⁿ).

Mais cette base incontestable du recours est en même temps une base très-insuffisante, en ce qu'elle dépend précisément de l'existence tout à fait accidentelle d'une société, dont la relation avec le rapport de corréalité ne peut ni être admise d'une manière générale, ni même seulement être présumée, dans le sens juridique du mot (§ 16).

D'autres écrivains ont déjà fait très-justement remarquer que le cas de recours ne peut se restreindre rigoureusement à la société, c'est-à-dire à la communauté de droit résultant d'une convention. Quand deux personnes deviennent copropriétaires d'une maison en vertu d'un legs (par conséquent sans convention), et contractent, pour réparer la maison commune, une dette corréale que l'une d'elles rembourse seule, le recours lui est garanti par l'*actio communi dividundo*; aussi bien que dans le cas de la société véritable, il est garanti par l'*actio pro socio*. L'*actio familiae herciscundæ* peut avoir la même efficacité dans une hypothèse analogue (g).

(fⁿ) Le recours au moyen de l'*actio pro socio* a trouvé une application indirecte, mais incontestable dans la L. 62 pr. ad. L.

Falc. (35, 2), et aussi bien dans la corréalité active que passive. Cf. plus bas, § 25.

(g) Schroeter, p. 343.

II. *Actio mandati*.

La possibilité d'appliquer cette action au recours a été déjà discutée bien des fois depuis l'époque des glossateurs. Voici comment on entend ordinairement ce point : on admet un rapport de cautionnement réciproque entre les débiteurs corréaux : cette supposition une fois faite, l'application de l'action ne saurait offrir de difficulté (§ 22, *d*). — On peut concevoir ce rapport sous deux formes distinctes.

D'abord on peut supposer le cas où deux débiteurs corréaux, à côté de l'obligation corréale, se portent encore expressément et formellement cautions l'un pour l'autre, de sorte que chacun fait deux contrats différents avec le créancier. Ce cas est non-seulement possible en lui-même, mais il est même mentionné expressément dans le droit romain (*h*). Seulement, d'une part ce cas est si compliqué et si rare, qu'il ne serait, précisément par suite de cette circonstance, d'aucune utilité. D'autre part, il est d'autant moins important que là où il se présente effectivement, le résultat tout spécial qu'il est destiné à produire est à la discrétion complète du créancier. Car si

H a b i c h t, p. 24. Cf. plus bas,
§ 34, *a*, *b*, *c*.
(*h*) À savoir par Papinien,

dans la *L. 11 pr. de d. r.* (45, 2).
Cf. sur ce point plus bas, § 25.

celui-ci actionne l'un des débiteurs pour la totalité de la dette principale, il n'est plus question du cautionnement ni de l'*actio mandati* qu'il fait naître; cette action ne peut se produire que quand il plaît au créancier d'actionner l'un des débiteurs, moitié comme débiteur principal, moitié comme caution, procédé vers lequel il penchera assez difficilement.

En second lieu, on peut encore concevoir les choses en ce sens que la simple obligation corréale, abstraction faite de toute autre, renfermerait en elle-même une espèce de cautionnement réciproque, duquel on pourrait alors faire dériver l'*actio mandati*, et arriver ainsi au recours. Cette idée, si on veut laisser de côté le mot de cautionnement, pour aller au fond des choses, est d'une parfaite exactitude; car, en l'absence d'une société, l'intention de chacun des deux débiteurs corréaux sera, la plupart du temps, de donner à son codébiteur mandat de conclure le contrat commun, afin que ce contrat puisse se réaliser (§ 22, p. 247). Si on admet ce point, l'*actio mandati* aura toujours une base pour atteindre le but du recours, et on pourra dire, en partant de cette idée, que, dans la plupart des cas, le recours sera fondé, soit au moyen de l'*actio pro socio*, soit au moyen de l'*actio mandati*.

Bien que je regarde cette opinion comme fondée en elle-même, cependant je dois ajouter qu'elle ne se trouve pas reconnue dans nos sources de droit. J'en cherche la raison d'abord dans la circonstance qu'une voie différente pour arriver au recours, et dont il va être question, a été préférée comme plus facile et plus simple, et a obtenu plus de faveur. L'*actio mandati* dont nous venons de parler, alors même qu'on pourrait la justifier en théorie, présente toutefois en pratique l'inconvénient de forcer le demandeur à s'ingérer très-soigneusement dans les relations individuelles et les intentions des parties, ce qui entoure de difficultés et rend plus incertain le succès du procès. Mais il y a encore une raison plus grave pour ne pas prendre l'*actio mandati* comme base de recours. Cette base, que nous recherchons ici, si vraie qu'elle puisse être, ne convient cependant qu'aux obligations corréales, résultant d'un contrat, et non à celles qu'un testateur juge à propos d'établir entre ses héritiers; ainsi, bien qu'applicable aux cas les plus nombreux et les plus importants sans doute, elle ne pourrait être généralisée.

III. *Actio negotiorum gestorum*, qui, sinon comme *actio directa*, doit au moins s'appliquer comme *actio utilis*.

La considération qui semble justifier d'une manière très-plausible l'admission de cette action est la suivante. Quand un débiteur corréal paie la totalité de la dette, il libère en même temps son codébiteur pour la quote part qu'il devait supporter dans toute la dette (§ 18); il fait donc pour lui une opération utile. C'est pour cela qu'il peut lui réclamer une indemnité pour l'avance qu'il a faite, par l'*actio negotiorum gestorum contraria*; c'est en cela que consiste précisément l'action en recours.

Cette idée est une fois invoquée par un ancien jurisconsulte pour fonder l'action en recours du tuteur, qui, par le paiement de la totalité de la dette, libère en même temps son cotuteur (i); en dehors de ce cas, cette idée ne se trouve pas dans nos sources de droit à l'occasion de notre question de recours. Un auteur de l'époque actuelle a fait beaucoup d'efforts pour chercher à la généraliser (k).

D'un autre côté, cette manière de voir se trouve

(i) L. 30 de *neg. gestis* (3, 5). L'engagement solidaire des tuteurs appartient à la classe des cas improprement dits d'obligation corréale.

(k) Sell, l. c. Il regarde cette action comme une base générale pour appuyer le recours, en y apportant seulement deux exceptions : le cas du dol, et les rela-

tions de deux codéjusseurs l'un vis-à-vis de l'autre, parce que dans ce cas il y a des textes du droit romain qui sont formellement contraires. — Naturellement il est obligé, pour établir son opinion, d'expliquer chaque texte qui ne mentionne qu'une *actio utilis*, par une *actio negotiorum gestorum utilis*.

absolument repoussée par cette raison, que la condition essentielle de la *negotiorum gestio* c'est qu'on prenne soin des affaires d'autrui : et le débiteur corréal qui paie, acquitte sa propre dette, qui portait sur la totalité de la somme : donc, loin de faire l'affaire d'autrui il fait exclusivement la sienne propre (l). — Cette objection est fort spécieuse : cependant elle n'est pas complètement décisive, parce que les jurisconsultes romains ont également, dans quelques autres hypothèses, traité la *negotiorum gestio* avec une certaine élasticité ; ils l'admettent notamment et lui font produire des effets même à propos d'affaires communes aux deux parties en cause (m) ; et même dans des affaires dont on a pris soin, non pas de son plein gré, mais en vertu d'une nécessité juridique, ou du moins en vertu d'une nécessité supposée telle (n).

Toutefois je puis m'abstenir d'entrer plus avant dans l'examen de ces raisons pour et contre, parce qu'on peut faire aux deux parties en lutte le reproche commun d'avoir choisi pour toute la discussion un point de départ inexact. Toutes deux, à ce que je crois, se trompent en faisant porter tout le poids de la controverse sur l'acte isolé du

(l) Schroeter, p. 418-422. div. (10, 3).
 (m) L. 31 § 7 de *neg. gestis* (3, 5), L. 6 § 2, L. 19. § 2 *comm.* (n) L. 3 § 10 de *neg. gestis* (3, 5), L. 18 C. *cod.* (2, 19).

paiement, que le débiteur accomplit d'ailleurs en son propre nom, et non pas par conséquent pour faire l'affaire d'autrui. Mais le paiement ne peut pas être ici considéré isolément : car il n'est que la conséquence nécessaire de l'opération juridique antérieure, et il constitue avec elle un tout inséparable. Plaçons-nous, comme il est juste et nécessaire de le faire, à l'époque de cette opération juridique (la formation de l'obligation corréale), opération à laquelle le débiteur qui a payé plus tard était libre d'adhérer ou de se soustraire ; il est évident d'après la discussion qui a eu lieu plus haut, qu'il a contracté l'obligation corréale en partie dans son propre intérêt, en partie dans l'intérêt d'autrui, étroitement lié au sien, et en présence de ce fait, nous devons repousser d'une manière absolue l'objection qui consisterait à dire que ce fait concerne une affaire exclusivement propre au débiteur. En écartant cette objection, il semble qu'on justifie les défenseurs de la *negotiorum gestio*. Mais par un examen plus attentif on s'aperçoit que l'idée que nous venons de donner de l'opération conduit bien moins à une *negotiorum gestio* qu'à un mandat ; car cette affaire n'a pas été menée à fin (comme cela a lieu dans une *negotiorum gestio*) par une seule partie exclusivement et à l'insu de l'autre, mais en vertu

d'un concours de volontés bien connu de tous les intéressés ; elle renferme donc au moins un contrat tacite (souvent même une convention expresse). — Ainsi donc le système qui défend la *negotiorum gestio*, ramené à ses véritables éléments, tend plutôt à fortifier l'opinion exposée plus haut en détail, qui admet l'*actio mandati*.

IV. L'action du créancier contre les codébiteurs, au moyen d'une cession faite au débiteur qui paie. Cette base du recours, qui est entre toutes la plus générale et la plus importante, exige des développements et une étude toute particulière.

La cession indiquée ici se présente à trois degrés divers ; comme acte volontaire du créancier, reposant sur sa détermination tout arbitraire, comme acte susceptible d'être obtenu par la force, comme acte feint.

A. Cession volontaire.

Le créancier commun a contre chaque débiteur corréal une action pour le montant total de la dette (§ 18). C'est cette action qu'il peut céder à qui il veut : par conséquent, il peut, entre autres personnes, la céder au débiteur qui lui offre son paiement (pendant le procès ou en dehors de toute instance), contre ses codébiteurs (o). Cette ma-

(o) Quand la cession devait se faire dans le cours du procès, par

nière de procéder résulte si formellement de la nature générale de la cession, qu'elle n'a pas besoin d'une démonstration spéciale, et même nos auteurs n'ont jamais mis en doute la possibilité et l'efficacité de cette cession, appliquée à l'obligation corréale.

On trouve donc dans cette institution une base pour le recours, qui est autant à l'abri du doute et de la controverse que celle qui résulte de la société. Mais, comme celle-ci, elle n'est ni décisive ni satisfaisante, car l'application de ces deux principes dépend également de faits accidentels, de l'arbitraire individuel du créancier.

B. Cession forcée.

L'exercice du recours au moyen de la cession acquiert une base plus solide dès qu'on peut arriver à soustraire cette cession à la volonté capricieuse du créancier, en la considérant comme un acte nécessaire et forcé. En fait nous pouvons établir comme règle générale que chaque débiteur corréal, duquel on exige le paiement de la totalité de la dette, soit en justice, soit en dehors de toute instance, a le droit de le refuser jusqu'à

conséquent à la suite de l'action intentée, il fallait dans l'ancien droit prendre la précaution de l'obtenir avant que la litiscontestation fût terminée, car la litis-

contestation libérait les codébiteurs.— Dans le droit de Justinien, il n'est plus question de cette extinction (§ 19).

ce que le créancier lui cède l'action contre ses codébiteurs. Cette cession acquiert par là le caractère d'acte obligatoire et ce procédé affranchit le recours qui s'exerce au moyen de la cession, de la volonté purement discrétionnaire du créancier.

Il faut présenter préalablement ce principe important, dans ses rapports avec des règles de droit plus générales; nous démontrerons plus bas (§ 24) qu'il est reconnu par nos sources de droit, eu égard à l'application spéciale qui en est faite à la question du recours dont nous nous occupons.

Ce droit du défendeur d'exiger la cession d'une action appartenant au demandeur contre des tiers, se rencontre dans des situations de droit tout à fait différentes; mais il faut, dans tous les cas, le ramener à un seul et même point de vue juridique. Dans toutes les hypothèses de ce genre, la situation est telle que le défendeur actuel doit, pour ce qu'il va être obligé de prêter, se prémunir contre un certain tiers, d'un recours, dont l'équité ne peut pas être mise en doute, mais qui n'a peut-être pas de fondement bien solide dans le droit strict, et dont par conséquent le résultat resterait douteux. Il est au pouvoir du créancier de pourvoir à cette absence de sûreté au moyen de la cession mentionnée ci-dessus, et sans qu'il en

résulte ni préjudice ni danger pour ce créancier demandeur lui-même. Si donc il voulait refuser la cession, son refus serait considéré comme un dol, et on pourrait en triompher par la *doli exceptio* (p). La *doli exceptio* est donc le moyen juridique général qui permet au défendeur de contraindre son adversaire à la cession de l'action, en supposant que la prétention de ce défendeur soit fondée en elle-même (q).

Cette *doli exceptio*, dans son application spéciale au cas dont il s'agit ici, étant considérée comme moyen juridique, en faveur du débiteur corréal actionné pour la totalité de la dette, de forcer le créancier demandeur à céder son action contre les codébiteurs, trouve sa justification dans l'exposition donnée ci-dessus (p. 254) de la question du recours. L'admission du recours aboutit en dernière analyse au rapport de droit commun

(p) L. 1 § 1 de *doli exc.* (44, 4). « Ideo autem hanc exceptionem Prætor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit. »

(q) L. 65 de *exict.* (21, 2) (V. ci-dessous § 24 note h¹), L. 57 de *leg.* 1 (30 un.). « ... poterit fideicommissarius per *doli exceptionem* a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur, quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem Præsidis provinciæ id ei præsta-

bitur. » Le dol consiste ici, comme l'indique le texte cité précédemment (note p), non pas en ce que le demandeur cherche à faire un bénéfice injuste, mais seulement en ce qu'il se refuse à seconder la prétention équitable du défendeur contre un tiers, par un acte qui ne doit lui faire éprouver à lui-même aucun préjudice. Il y a ici un abus du droit strict, pris à la lettre, et une méconnaissance de l'équité incontestable, que le demandeur a le pouvoir de faire triompher sans aucun sacrifice de sa part.

entre plusieurs débiteurs, le rapport de division de la dette. Notre problème consiste donc à trouver, pour atteindre ce but, un moyen qui, d'une part, laisse à l'abri de toute atteinte le droit rigoureux et complet que l'obligation corréale confère au créancier, et, d'autre part, prévienne l'enrichissement d'un codébiteur aux dépens de l'autre (en opposition avec la *naturalis æquitas*). On résout ce problème d'une manière satisfaisante, en accordant au débiteur corréal qui est poursuivi une *doli exceptio*, pour contraindre le créancier à céder l'action contre les codébiteurs. Cette cession n'enlève pas au créancier la plus minime parcelle de son droit : car il reçoit immédiatement du défendeur le paiement de la totalité de la dette ; seulement il prête en même temps les mains au secours dont le défendeur a besoin, pour soutenir sa prétention légitime, d'arriver à un règlement avec ses codébiteurs (r).

La justification que nous venons d'essayer de faire de la cession forcée avait trait d'abord au

(r) Le moyen de contrainte par la *doli exceptio* semble impraticable dans cette matière pour l'ancien droit : car les exceptions étaient données dans la *formula*, par conséquent au moment même où intervenait la litiscontestation, qui éteignait les actions contre les codébiteurs (note o). Mais le prêteur venait sans doute au secours

du défendeur d'une autre manière, très-simple, et mentionnée encore ailleurs. Il refusait d'accorder l'action, tant que le demandeur ne se décidait pas à faire la cession, et ce refus produisait absolument le même effet que celui qu'aurait pu produire la concession de la *doli exceptio*.

rapport de corréalité proprement dit. Mais en fait elle est devenue également applicable aux cas improprement dits de corréalité (§ 22, *b*).

C. Cession feinte.

Pour mettre en lumière cette partie spécialement importante de notre question, il est nécessaire de jeter un coup d'œil rapide sur les traits caractéristiques de la cession.

Le transport d'un droit d'action à un nouveau titulaire s'opérait régulièrement dans l'ancienne procédure de la part de l'ayant droit originaire, en constituant l'acquéreur *procurator* pour le procès en question, par un mandat écrit, qu'on devait produire soit devant le préteur, soit au moins devant le juge (*s*). Le transport lui-même devenait parfait par la litiscontestation ; car dans la formule de l'action l'*intentio* contenait le nom du cédant, la *condemnatio* le nom du cessionnaire (*t*). Le cessionnaire agissait donc *alieno nomine*, c'est-à-dire qu'il se présentait, vis-à-vis du défendeur comme un *procurator* ordinaire, et même le défendeur n'avait pas besoin de savoir qu'au fond c'était une cession que les parties avaient en vue. Mais entre le cédant et le cessionnaire il fallait que l'intention formelle du transport fût manifestée, et à ce point

(*s*) Gaius, lib. 4 § 84.

(*t*) Gaius, lib. 4 § 86.

de vue le cessionnaire était indiqué comme un *procurator in rem suam*, qui devait retenir pour lui le gain du procès, tandis que le *procurator* ordinaire était obligé de le restituer. — A raison de ces phases diverses et de ces points de vue variés de l'opération, on désigne la cession tantôt comme un *mandatum in rem suam*, tantôt en indiquant la litiscontestation indispensable pour sa perfection (u) : mais sous ces dénominations différentes, il y a toujours la même opération juridique complexe. — Cette marche était invariablement la même sans distinguer si la cession devait résulter d'une libre détermination au moment où on la demandait, ou si elle était devenue nécessaire en vertu d'une opération antérieure, si, par conséquent, dans le cas de refus, elle pouvait être obtenue malgré le créancier, soit par une action, soit par une exception.

Seulement, dans les cas de cession nécessaire et forcée, la mise à exécution de cette formalité juridique, étendue, compliquée, embrassant souvent une période de temps très-longue, pouvait soulever quelques difficultés. D'abord c'était en tout cas une peine stérile pour toutes les parties, une formalité superflue, doublement onéreuse pour le cession-

(u) L. 11 § 1 de nov. (46, 2), L. 1 C. de O. et A. (4, 10).

naire, quand l'adversaire, par entêtement ou indolence, se laissait amener jusqu'à la contrainte véritable par action ou exception. Mais c'était encore pis quand, dans l'intervalle entre le mandat et la litiscontestation, le cédant mourait sans héritiers; car l'opération dans la forme décrite ci-dessus, avec l'insertion du nom du cédant dans la formule d'action, n'était plus possible (v).

Ces inconvénients, signalés sans doute par l'expérience, durent tout naturellement conduire à la recherche d'un procédé plus commode en affaires; on y arriva par les dispositions suivantes. Partout où la cession était devenue également nécessaire, on permettait à celui qui y avait droit, d'exercer directement l'action en son propre nom, sans ce détour superflu. C'est ce qu'il faisait sous la forme d'une *utilis actio*, par laquelle ce cessionnaire agissait, non pas en qualité de *procurator* du cédant, mais *suo nomine*, ce qui signifie que l'*intentio* de la formule contenait, non pas le nom du cédant, mais celui du cessionnaire. Ce changement reposait sur cette idée que la cession, d'ailleurs forcée, devait être traitée comme si elle avait réellement eu lieu. On admit donc, conformément à cette idée, et comme conséquence de cette néces-

(v) L. 1 C. de O. et A. (4, 10).

sité juridique de la cession, une cession feinte, expression qui indique exactement la chose, bien qu'elle ne se rencontre pas dans nos sources de droit avec cette signification.

Le premier cas, dans lequel on fasse mention de cette forme de droit nouvelle et très-commode, est le cas de l'achat d'une hérédité. Ici il aurait fallu, à proprement parler, céder une à une toutes les actions personnelles du défunt à l'acheteur ; et si le vendeur était entêté, on n'avait d'autre ressource que de le contraindre par une *actio empti*, à faire la cession spéciale de chacune de ces actions. On épargna à l'acheteur cette peine inutile, en l'admettant à exercer au moyen d'une *utilis actio* toutes les créances du défunt, même sans cession réelle. Ce principe important fut sanctionné par un rescrit de l'empereur Antonin le Pieux (*w*).

Le même principe fut appliqué ensuite dans un grand nombre d'autres cas analogues. C'est ce qui eut lieu notamment dans la vente d'une créance isolée (*x*) ; de même dans le cas où une créance était léguée, donnée en paiement, ou constituée en dot (*y*). Dans tous ces cas le ces-

(*w*) L. 16 *pr. de pactis* (2, 14).
L. 5 *C. de her. vend.* (4, 39).

(*x*) L. 7, 8, 9 *C. de her. vend.*
(4, 39). Il ne faut pas restreindre
ce principe aux actions person-
nelles ; on doit encore l'étendre à

la vente des *actiones in rem*. L. 9
C. cit.

(*y*) L. 18 *C. de leg.* (6, 37). —
L. 5 *C. quando fiscus* (1, 15). — L.
2 *C. de O. et A.* (4, 10).

sionnaire aurait pu, au moyen d'une action, forcer le débiteur à faire effectivement la cession; et alors même qu'il n'avait pas d'action, mais seulement une exception pour exiger la cession, il jouissait cependant du même avantage, et par conséquent pouvait, sans cession effective, intenter *suo nomine* l'*utilis actio* (z). De même le secours de l'*utilis actio* suffisait quand la cession, commencée au moyen d'un mandat, n'avait pas encore reçu sa perfection par la litiscontestation (note v).

Bien que nous ne trouvions la reconnaissance de cette règle importante que sous forme d'applications particulières (en très-grand nombre il est vrai), et que nous ne la voyions pas exprimée comme principe général, elle est cependant par ces applications devenue dans le droit de Justinien une règle véritablement décisive, que nous pouvons appliquer même aux autres cas que ceux dont il est fait mention. Il en a été de cette règle comme de tant d'autres règles de droit, qui n'ont acquis une base solide que successivement, par la jurisprudence des tribunaux et la théorie des jurisconsultes. Il y a donc eu une période assez longue d'indétermination dans le droit, pendant

(z) L. 57 de leg. 1 (30, un.), cf. ci-dessus note q.

laquelle on pouvait hésiter et douter dans maintes applications particulières : aussi est-il impossible d'assigner à cette règle un point de départ bien fixe. Ce n'est que dans la législation de Justinien qu'il faut l'admettre comme droit certain et assuré. Mais ce serait une erreur de considérer le rescrit cité ci-dessus de l'empereur Antonin (note *w*), comme l'introduction législative d'une règle de droit générale sur ce point.

Les décisions plus précises qui vont suivre pourront servir à prévenir des méprises dans l'application de cette règle.

La règle se réfère à des cessions juridiquement nécessaires, et non pas à des cessions à prévoir simplement dans l'avenir, en vue desquelles il n'existe pas encore d'opération de droit, qui pourrait justifier leur obtention par la force.

Nos sources indiquent par les expressions suivantes le contraste entre les deux hypothèses (la cession véritable et la cession feinte). Dans le cas de cession véritable, le cessionnaire agit en justice *mandatis actionibus*, en qualité de *in rem suam procurator factus* ; dans le cas de cession feinte, il agit *suo nomine*, par une *utilis actio*. Mais même dans ce dernier cas il agit *exemplo creditpris*, c'est-à-dire avec les mêmes droits et les mêmes restrictions que le créancier lui-même, exacte-

ment donc comme il agirait dans le cas de cession véritable, dernier point qu'on pourrait facilement révoquer en doute à cause de l'expression : *suo nomine* (aa).

Une question qui présente une importance particulière est encore celle de savoir à quel moment il faut placer la cession feinte. Certains auteurs semblent entendre les choses en ce sens que cette cession devrait être transportée par la pensée au moment où l'on serait sur le point de la faire valoir : ce qui pourrait entraîner cette conséquence qu'elle ne devrait plus s'exercer, si, par quelque motif, elle était impossible précisément à cette époque. Mais cette opinion est dénuée de fondement. Il faut au contraire transporter par la pensée la cession feinte au moment où il y a nécessité juridique d'opérer la cession, par conséquent au moment où la cession véritable aurait pu être exigée, ce que l'ayant droit a négligé de faire, se fiant à notre règle de droit. Si une fois elle a pris naissance à ce moment, elle ne peut pas être paralysée par des faits postérieurs (bb).

(aa) Les expressions citées ici se trouvent dans la *L. 5 C. quando fiscus* (4, 15), et dans la *L. 8 C. de her. rend.* (4, 39).

(bb) Cette manière de voir a en sa faveur les textes suivants : 1) le cas de la *L. 1 C. de O. et A.* (note v), dans lequel la litiscon-

En terminant ces observations sur l'exercice possible du recours au moyen d'actions de différente nature, il faut encore mentionner une restriction générale à ce droit d'exiger le recours. Le débiteur solidaire, dont l'obligation prend naissance dans un acte contraire à la morale, dans un dol, n'y peut nullement prétendre.

Il faut avant tout constater la vérité de cette proposition, quand il s'agit de l'*actio pro socio*. Car toute société qui a un but immoral est nulle et inefficace en elle-même; elle ne peut donc pas engendrer une *actio pro socio* (cc).

De même aussi tout débiteur solidaire, qui est obligé par suite de son dol, doit être repoussé s'il prétend à une cession forcée, ainsi qu'à l'*utilis actio*, en tant que remplaçant la cession, parce qu'il s'est rendu indigne par son infidélité de la sage protection que ce moyen de droit confère dans les autres cas (dd).

Seulement si le créancier cède volontairement l'action au débiteur qui le paie, celui-ci peut s'en servir pour exercer son recours, sans égard au dol

testation, devenue impossible, ne doit cependant pas nuire à l'*utilis actio*. 2) Les expressions finales de la L. 57 de leg. 1, citée à la note q : « Quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen id ei præstabitur. » — Quelques objections

apparentes, résultant de textes qui ont trait à l'obligation solidaire des cotuteurs, seront examinées plus bas (§ 24, f).

(cc) L. 57 pro socio (17, 2).

(dd) La preuve de cette proposition sera donnée dans le § 24.

qu'il a commis. Celui qui a droit à une action peut, à sa discrétion, en faire volontairement la cession à toute personne, et, dans ce cas, le co-débiteur qui paie ne peut en aucune façon la réclamer. Mais ce qui doit lui être refusé d'une manière absolue à cause de son dol, ce sont uniquement les droits que d'autres auraient à sa place, pour se frayer un chemin au recours.

§ 24.

III PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. B. OBLIGATION CORRÉALE. RECOURS (suite).

Dans les paragraphes précédents nous avons exposé les points de vue généraux sur le recours. Maintenant il s'agit de donner les décisions de nos sources de droit elles-mêmes, en prenant une à une les diverses classe d'obligations solidaires. Ces décisions doivent montrer la conformité de ces principes généraux avec les sources, et, à l'inverse, elles recevront d'eux leur exacte signification.

Il faut examiner le recours dans les hypothèses suivantes : I. Obligations corréales actives : II. Obligations corréales passives ; III. Cas improprement dits. Le succès de cette recherche dans les

sources dépend de la combinaison convenable à faire entre les décisions particulières, et, pour atteindre ce but, il me semble qu'il est utile de renverser l'ordre, et de parler d'abord des cas improprement dits, puis des obligations corréales passives, enfin des obligations corréales actives. Cet ordre d'idées suppose, bien entendu, que nous sommes autorisés à utiliser les décisions des anciens jurisconsultes sur les cas improprement dits, et à les appliquer dans de justes limites, par analogie, aux obligations corréales véritables. Cette proposition a été combattue par d'autres écrivains dans les temps modernes ; mais nous avons déjà cherché plus haut à la justifier (§ 22 *b*).

I. Cas improprement dits (§ 20).

A. Obligation des cotuteurs.

Nous avons déjà fait remarquer ci-dessus que cette obligation revêt dans beaucoup de cas un caractère de solidarité (§ 20, 1). Quand l'un des tuteurs est actionné pour la totalité de la dette, et la paie, on se demande s'il a un recours contre les autres, et par quelle action il peut l'exercer. Cette hypothèse fait l'objet de décisions plus complètes que toutes les autres. Il y a sur ce point un texte d'Ulp i e n, d'une importance toute particulière, qui présente dans leur ensemble la plus grande partie des règles exposées provisoirement plus haut (§ 23),

et dont je veux présenter en résumé le contenu, avant de transcrire le texte lui-même.

1. Le tuteur actionné pour le tout a le droit d'exiger la cession de l'action contre ses cotuteurs.

2. S'il néglige de la demander et qu'il paie sans l'avoir obtenue, il peut cependant agir par une *utilis actio*; ce point est sanctionné par des constitutions de l'empereur Antonin le Pieux, puis de l'empereur qui régnait au temps d'Ulpien, ainsi que du père de cet empereur.

3 Mais quand il est condamné pour un dol commun, il n'a ni le droit d'exiger la cession de l'action, ni l'*utilis actio*. Il supporte justement la peine de son propre délit, et il est indigne d'avoir un recours; car on ne peut jamais faire sortir d'un délit, pas plus que d'une société immorale, des résultats juridiques, ni, par conséquent, la moindre prétention à un règlement.

Voici le texte lui-même dans son entier (a).

(§ 13) Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatæ sunt actiones (b), con-

(a) L. 1 § 13, 14 de tutelæ (27, 3). — Le droit à la cession, ainsi qu'à l'*utilis actio*, est d'ailleurs reconnu pour ce cas dans un rescrit de Caracalla. L. 2 C. de contr. tut. (5, 58). — La cession seule, envisagée sans doute comme un

fait, et sans qu'il soit fait mention du droit de l'obtenir, est citée dans les L. 21 de tutelæ (27, 3), L. 42 de admin. (26, 7).

(b) Ces expressions indiquent seulement le fait que la cession n'a pas eu lieu; mais elles n'ont

titutum est a D. Pio, et ab Imperatore nostro. et D. patre ejus, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam (c).

(§ 14). Plane, si ex dolo communicatus præstiterit tutor, neque mandandæ sunt actiones, neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit, quæ res indignum eum fecit ut a ceteris quid consequatur doli participibus, Nec enim ulla societas maleficiorum, vel communicatio justa damni ex maleficio est (d).

Un doute s'élève encore sur ce point, et il résulte de la circonstance suivante. Quand le tuteur qui paie la totalité veut ensuite intenter l'*utilis actio*, on pourrait croire que précisément son paiement a éteint tout le droit du créancier (même contre les

pas trait au droit de l'obtenir. C'est ce qui ressort incontestablement du contraste qu'offrent les expressions contenues dans le § 14 : *neque mandandæ sunt actiones*, qui veulent dire évidemment que dans le cas de dol le tuteur n'a pas droit à la cession; par conséquent, dans le cas du § 13 (c'est-à-dire là où ne se présente aucun fait de dol), Ulpien veut voir ce droit reconnu. C'est ce qui résulte encore de la L. 2 C. de contr. tut. (5, 58) (note a).

(c) Du rapprochement de cette *utilis actio* et des *mandatæ actiones*, il résulte incontestablement qu'on ne peut pas supposer ici d'autre action que l'*actio tutelæ utilis* provenant d'une cession feinte (§ 23, aa). — Le renvoi que fait le texte à plusieurs constitu-

tions de différents empereurs, est important : car il ressort de là que c'était un principe de droit généralement reconnu, et non pas une opinion particulière d'Ulpien, que d'autres jurisconsultes auraient peut-être pu contester. — Enfin, ce qui est digne de remarque, c'est que parmi les empereurs cités on voit figurer aussi D. Pius, le même empereur dont le rescrit est le témoignage le plus ancien qui nous fasse connaître cette *utilis actio* (§ 23, 10).

(d) Cette partie de la décision tout entière est conçue en des termes si généraux que nous sommes manifestement autorisés à l'appliquer, non-seulement au cas spécial de tutelle, mais encore à tous les autres cas, où il peut être question d'un recours.

cotuteurs), et que dès lors il ne peut pas plus être question d'une cession feinte que d'une cession véritable. La preuve qu'il n'en est pas ainsi ressort incontestablement du texte d'Ulpien que nous venons de transcrire, et qui accorde en termes exprès l'*utilis actio*, précisément au tuteur, qui a payé (« si forte... *præstiterit* »). La solution de cette difficulté est dans la remarque faite ci-dessus, que la cession feinte ne doit pas être reportée au moment où elle s'exerce (par conséquent après le paiement), mais au moment qui l'a précédé, avant le paiement (§ 23, *bb*) — En appliquant la même raison de douter à la cession véritable, nous arrivons à cette solution. Si la cession elle-même a eu lieu avant le paiement, ou si on est seulement convenu de la faire, le paiement qui intervient ensuite ne peut pas nuire à celui qui le fait; car cet acte vaut, non pas comme extinction de l'obligation, dont on a poursuivi l'exécution, mais plutôt comme paiement du prix de la vente et de la cession de l'*actio tutelæ* (e). — Il en serait autrement dans le cas où l'un des tuteurs, sans avoir été poursuivi, aurait, en vertu de sa propre et libre détermination, et sans faire aucune réserve, payé

(e) L. 2 C. de contr. tut. (5, 58), L. 21 de tutelæ (27, 3), L. 76 de sol. (16, 3) (à partir des mots : *quod si ante solutionem*).

la totalité de la somme, par exemple, après que son cotuteur aurait été actionné et bien et dûment condamné. Car, dans ce cas, il faut rapporter purement et simplement le paiement à la créance primitive; mais cette créance a été éteinte; il n'est donc plus possible d'en faire une cession véritable; il n'y a même ici aucune raison pour accorder une *utilis actio* (f).

Nous avons déjà fait remarquer plus haut qu'un jurisconsulte romain avait essayé un autre moyen de fonder le recours entre les cotuteurs, à savoir, le moyen de l'*actio negotiorum gestorum* (§ 23, i). Nous avons démontré immédiatement que cette opinion n'a pas trouvé d'écho, et que notamment plusieurs constitutions impériales se sont accordées à entrer dans la voie toute différente d'une *utilis actio* (basée sur une cession feinte).

B. Obligation solidaire résultant d'un délit commis en commun par plusieurs personnes, en tant qu'il s'agit d'une action pénale unilatérale (action en indemnité) (§ 20, e).

(f) L. 1 C. de contr. tut. (5, 58), ainsi que la première partie de la L. 76 de sol. (46, 3) (jusqu'aux mots : *cum nulla actio superfuerit*). Ce dernier texte s'explique parfaitement en le comparant avec le premier. — La plupart des auteurs se méprennent sur le sens du texte parce qu'au milieu, entre les deux moitiés du texte

judiciaires), s'intercale le cas tout différent où le cotuteur actionné pouvait exiger de force la cession par la *doli exceptio*, mais où il néglige de le faire et peut en effet le négliger, se fiant à l'*utilis actio* qui lui appartient. De ce que Modestin ne mentionne pas ce cas, ce n'est pas un motif pour qu'il refuse l'*utilis actio*.

Il n'est pas rare de trouver énoncée ici la règle qu'un recours est complètement inadmissible dans cette hypothèse. Cette règle est vraie d'une manière absolue pour les délits où figure le dol, par exemple l'*actio doli*; car on peut leur appliquer parfaitement la décision énergique d'Ulpien, transcrite plus haut (notes *a* et *d*).

Mais il en est tout autrement dans les délits où il n'y a qu'une simple faute. Nous avons à leur égard un témoignage remarquable dans un cas peu important en lui-même, mais qu'on ne doit pas hésiter à considérer comme indiquant la règle à suivre pour toute cette classe d'actions. Quand d'un appartement habité et situé sur une voie publique on a versé ou jeté quelque chose qui a causé un dommage, il en résulte une action en indemnité contre le possesseur de l'habitation, comme *actio quasi ex delicto*, parce qu'il est admis dans un intérêt de police que ce possesseur aurait pu empêcher le dommage par une surveillance plus active exercée dans l'habitation. Si plusieurs chefs de famille habitent ensemble, soit comme locataires, soit gratuitement, cette action est donnée contre chacun d'eux pour le tout avec obligation solidaire (*g*). Si l'un d'eux a payé le tout, il peut agir

(*g*) L. 1 § 10, L. 2, L. 3 de his qui effud. (9. 3).

en recours contre les autres à l'effet de leur faire supporter leur part. Ce recours s'exerce par l'*actio pro socio*, quand ils sont en société à raison de la communauté d'habitation, par exemple parce qu'ils ont fait en commun un contrat de louage ; dans les autres cas par une *utilis actio* (h), par exemple quand le propriétaire a concédé à plusieurs familles pauvres une habitation commune, ce qui n'a établi entre ces habitants aucun rapport contractuel. L'*utilis actio* ici mentionnée est sans doute l'action énoncée plus haut, résultant d'une cession feinte ; ce qui conduit à admettre cette idée, certainement exacte, que celui qui a été poursuivi le premier aurait pu aussi, par une *doli exceptio*, exiger une cession véritable de l'action contre les autres.

Il faut encore appliquer cette règle à l'*actio legis Aquiliae*, qui est beaucoup plus importante ; non pas sans doute d'après le droit romain, dans lequel cette action a la nature d'une action pénale bilatérale, de sorte que chacun est obligé de payer le tout, comme si c'était une peine pure et simple, par conséquent, sans que ce paiement libère les autres individus qui ont participé au délit ; mais

(h) L. 4 eod. « præstaturi partem damni societatis iudicio, vel utili actione, ei qui solvit. »

bien d'après le droit actuel, si on regarde cette action comme une pure action en indemnité (§ 21, *d*). Alors dans cette action apparaît le rapport d'obligation solidaire. Mais il faut distinguer, dans chaque hypothèse spéciale, si le dommage est la suite d'un dol ou d'une faute. Sans doute, cette distinction ne présente pas d'importance au point de vue du droit de la personne lésée : mais dans les rapports des auteurs du délit entre eux, elle produit cette conséquence que, dans le cas de dol, il faut refuser tout recours (note *d*), tandis que dans le cas de faute il faut admettre la même décision que dans l'action donnée, lorsqu'un objet a été jeté d'une maison habitée (note *h*).

II. Cas véritables d'obligation corréale passive.

Il est étonnant que nous trouvions dans nos sources de droit si peu de décisions sur le recours à exercer dans ces cas, dont les principes sont arrivés d'ailleurs à un haut degré de perfection. Je ne trouve que les textes suivants, qui parlent de ce recours.

A. L'un de ces textes concerne la corréalité proprement dite (formée par stipulation) ; en parlant du rapport entre plusieurs cohéritiers, que l'*actio familiæ herciscundæ* dispense de demander la cession de l'action, il suppose de la manière la plus incontestable que chaque débiteur corréal, actionné

pour la totalité, est autorisé à exiger par la *doli exceptio* la cession de l'action contre ses codébiteurs (h)

Quelques autres textes se réfèrent non pas à l'obligation corréale qui a pris naissance primitivement à la suite d'une stipulation, mais à des obligations corréales résultant d'une vente, d'un louage ou d'un prêt.

B. Quand plusieurs personnes achètent ou prennent en location une chose en s'obligeant solidairement (§ 17), il est au pouvoir du créancier d'actionner l'une d'elles en particulier pour toute la dette, et cela sans distinguer si les autres sont ou non solvables. C'est ce que dit Marcellus dans un texte important, déjà cité plus haut (i), en ajoutant toutefois une restriction à ce droit rigoureux du créancier. Il ne doit avoir ce droit que sous la condition.

Si actiones suas adversus ceteros præstare non recuset.

Ici on reconnaît en termes formels le droit du

(h) L. 65 de erict. (21, 2). « ... nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit, præstarentur, quia non duo rei facti proponerentur (auquel cas, par conséquent, cette *doli exceptio* devrait certainement être admise), sed familiæ herciscundæ

judicium eo nomine utile est. »

(i) L. 47 locati (19, 2). — Nous nous sommes déjà servis plus haut de ce texte à un autre point de vue, § 17, v, § 18, b, et § 22, a. Il donne à entendre que ce droit rigoureux peut avoir été mis en doute ou contesté par d'autres jurisconsultes.

défendeur d'exiger la cession des actions contre les autres obligés. Le motif de ce droit, ainsi que sa protection, par la *doli exceptio*, ont été exposés plus haut avec détails (§ 23). Mais comme, dans le droit de Justinien, on peut, par l'*utilis actio*, faire valoir toute cession forcée, en même temps comme cession feinte (§ 23), nous devons accorder également aux débiteurs corréaux dont parle le texte le droit d'employer cette *utilis actio*, et regarder comme tout à fait accidentel le fait que Marcellus n'ait pas indiqué aussi cette conséquence nécessaire attachée au droit qu'a le débiteur d'obtenir la cession véritable. Ce qui vient confirmer cette idée, c'est le texte cité plus haut d'Ulpien sur l'*utilis actio* entre les cotuteurs (note a), qu'il faut sans hésiter appliquer par analogie à l'hypothèse actuelle (§ 22, b).

Le même principe est encore sanctionné à propos du contrat de louage dans un rescrit impérial. Plusieurs locataires s'étaient engagés solidairement; quelques-uns furent actionnés pour la totalité. Le rescrit décide qu'ils étaient sans doute obligés de payer le tout, mais qu'en même temps ils pouvaient exiger la cession des actions contre leurs débiteurs (en particulier des actions hypothécaires) (k).

(k) L. 13 C. de loc. (4, 65).

C. Un rescrit impérial, qui a acquis en cette matière plus de célébrité que tout autre texte, traite le cas suivant qui se réfère au prêt (l). Deux personnes avaient reçu en commun un prêt, en s'engageant solidairement; l'une d'elles, actionnée pour la totalité, avait payé et s'adressait aux empereurs. Le rescrit porte que sans doute le créancier corréal a eu le droit de poursuivre à son choix l'un des débiteurs pour le tout; mais que le consultant, après avoir payé, a le recours contre ses codébiteurs, et que le gouverneur de la province n'hésitera certainement pas à faire droit à cette prétention (m).

Il est difficile de dire combien de subtilités on a dépensées en pure perte pour l'explication de ce texte et de chacune de ses expressions. Ceux qui s'éloignent le plus de la vérité, ce sont ceux qui admettent que le droit au recours n'a pas existé avant ce rescrit, et que c'est cette nouvelle loi qui l'a introduit. Le texte est au contraire un rescrit sur le droit existant, ainsi que cela ressort non-seulement de tous ses termes, mais surtout de la fin, qui renferme non pas une instruction sur ce qui doit se faire, mais une promesse sur l'activité

(l) *L. 2 C. de duob. reis* (8, 40), de Dioclétien et Maximien. C'est le texte sur lequel la glose traite en détail la question du recours.

(m) « *Rector provincie juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.* »

qu'on est en droit d'attendre du juge, par conséquent un renvoi à un droit qui existait incontestablement. Si nous connaissions les faits qui servaient de base à ce rescrit, nous ne concevrions pas plus de doutes que son auteur, qui avait probablement devant les yeux l'exposé de ces faits. Aujourd'hui nous sommes obligés, comme pour beaucoup de de rescrits, de compléter ces faits d'après les probabilités les plus vraisemblables, et de les mettre autant que possible d'accord avec les expressions. Ce procédé conduit avec la plus grande vraisemblance à admettre une société entre les deux débiteurs, car ailleurs aussi les expressions : *communio*, *communis*, *communiter*, sont d'habitude employées en matière de société (n). S'il y avait en effet une société, les empereurs pouvaient mettre toute leur confiance dans l'*actio pro socio*, pour promettre avec pleine assurance au consultant le secours du juge, qui devait décider sur l'action en recours. Cependant il faut concéder aux adversaires de cette explication que l'admission d'une société ne présente pas une certitude absolue : car l'expression *communiter* pourrait être employée aussi dans une signification purement de fait, sans

(n) Habicht, p. 40-65, qui cherche avec beaucoup de soin à justifier cette explication du texte,

et qui, à ce propos, cite un grand nombre d'autres auteurs.

se référer à une société, de sorte que les deux débiteurs se seraient contentés de recevoir l'argent au même moment, dans le même endroit, par conséquent en ce sens *communiter*, mais ils se le seraient partagé aussitôt, sans le consacrer à une opération commune (en société). Si les empereurs étaient en présence de ce dernier cas, ils doivent avoir supposé comme incontestable quelque autre motif juridique pour fonder le recours, et il va de soi qu'alors chaque parti, dans la question du recours (§ 23), interprète et doit interpréter en sa faveur le fait que suppose le rescrit (o). A cela encore il n'y a rien à objecter, seulement il faut que chaque opinion s'abstienne d'invoquer le rescrit comme une preuve en sa faveur; elle doit se contenter de ne pas se voir contredite par lui, en ce sens que chacune peut l'expliquer d'une manière satisfaisante.

III. Cas d'obligation corréale active.

Il nous reste encore à faire l'application de la question du recours à l'obligation corréale active, à propos de laquelle nous avons déjà fait observer

(o) Sell, p. 403-413, explique la décision des empereurs par l'*actio negotiorum gestorum utilis* qu'il admet d'une manière générale. Schroeter, p. 427, et Vangerow, p. 79, l'expliquent par cette règle que per-

sonne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (§ 22, f, § 23, e). Je l'explique par l'*utilis actio* résultant de la cession feinte, qui était certainement admise sans contestation du temps de Dioclétien.

bien souvent qu'elle se rencontre plus rarement que l'obligation passive, et présente par cela même une moindre importance. La question du recours s'agite ici sur le cas où l'un des créanciers a touché la totalité de la dette, et où les autres demandent qu'il leur verse leur quote-part.

En examinant sous quelle forme l'obligation corréale active intervient habituellement dans la réalité des faits (§ 22), nous resterons convaincus qu'ici les cas se présentent sous un aspect plus simple et plus dégagé de difficultés que dans l'obligation passive.

D'abord ici encore il peut exister une société, et ce cas sera même vraisemblablement le plus fréquent. Alors le recours est tout à fait incontestable au moyen de l'*actio pro socio* (§ 23, f').

Mais dans les cas où une société fera défaut, l'idée de mandat réciproque sera encore bien plus évidente que dans l'obligation corréale passive.

En admettant ce raisonnement, il suffira, soit de l'*actio pro socio*, soit de l'*actio mandati*, pour faire naître le recours dans toutes les hypothèses.

Quant à une cession forcée, ou à une *utilis actio*, comme conséquence d'une cession feinte, ainsi que cela se présente dans l'obligation corréale passive (§ 23), la nature même des choses s'oppose à ce qu'il en puisse être question ici.

En jetant un coup d'œil rétrospectif sur l'examen auquel nous nous sommes livrés jusqu'à présent en ce qui touche la question du recours, nous pouvons résumer les résultats acquis dans les propositions suivantes.

Quand il y a une société, c'est sur elle que se base le droit au recours, tant dans le rapport de corréalité actif que passif.

Selon les circonstances, l'*actio mandati* peut aussi servir pour atteindre le même but dans les deux cas.

En outre, dans l'obligation corréale passive, le recours trouve un fondement très-général dans la cession forcée, ainsi que dans l'*utilis actio*, conséquence de la cession feinte.

Chacun de ces divers moyens arrive à enlever en dernière analyse à l'obligation corréale l'apparence d'un simple jeu du hasard.

Mais toutes ces prétentions au recours restent interdites aux débiteurs corréaux dont l'obligation est fondée sur un dol.

Les principes que nous venons d'exposer sur le recours ont encore besoin de quelques observations supplémentaires.

D'abord on se demande quelle est la signification

propre de la cession forcée, ainsi que de l'*utilis actio*, qui la remplace, quelle en est la portée et l'étendue? En supposant que de six débiteurs corréaux quatre soient insolvables, et que l'un des débiteurs solvables obtienne la cession contre l'autre débiteur solvable, quelle serait la portée de cette cession? On pourrait se figurer que le cessionnaire, se contentant de déduire le sixième qui lui est propre, va pouvoir exiger de l'autre les cinq sixièmes qui restent, au moyen des cinq actions qui lui ont été cédées. Alors toute la perte résultant de l'insolvabilité retomberait exclusivement sur le second débiteur solvable, uniquement par suite de cette circonstance toute fortuite qu'il n'aurait pas été actionné le premier. L'absurdité de cette décision est évidente. Tout se résout au contraire selon les règles de la justice, quand on prend les principes de la société pour base du règlement équitable (auquel la cession, ainsi que l'*utilis actio*, ont pour but d'arriver). D'après ces règles, la perte résultant de l'insolvabilité doit retomber sur les débiteurs solvables pour parts égales, de sorte que, dans le cas que nous venons de citer comme exemple, le débiteur actionné le premier doit obtenir la cession pour la moitié de toute la dette. — L'exactitude de cette décision est confirmée par cette circonstance que, dans plusieurs

autres hypothèses analogues, on reconnaît qu'il est juste de répartir également une perte de cette nature, notamment à propos du *beneficium divisionis* entre plusieurs cofidéjusseurs (p). Ce qui prouve qu'il faut ici surtout prendre cette règle pour base, c'est que, pour fixer les relations entre plusieurs cotuteurs obligés solidairement, qui sont en partie insolvables, on donne une décision parfaitement analogue à celle qui a trait aux cofidéjusseurs (q).

Jusqu'ici notre examen, qui se réfère à toute la question du recours, a porté uniquement sur le cas le plus important et le plus fréquent, dans lequel l'obligation a été éteinte par un paiement comptant, reçu ou effectué d'un seul côté. D'autres cas d'extinction présenteront le plus souvent moins de difficultés au point de vue du recours. Quand le créancier libère par acceptilation l'un de ses deux débiteurs corréaux, tous les deux sont par là même libérés, et il ne peut pas être question entre eux de règlement définitif (§ 18, q). Si au contraire il le libère par un simple pacte, le bénéfice de la libération ne se produit qu'au profit de ce débiteur seul, et non au profit du codébi-

(p) L. 5 *pr. de censibus* (50, 13).
L. 26 *de fidej.* (46, 1).

(q) L. 1 § 12 *de tutelæ* (27, 3).

teur, sauf le cas où celui-ci est en société avec le débiteur libéré, auquel cas l'*actio pro socio* forme la base du règlement définitif (§ 18, *u*, *x*).

§ 25.

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. B. OBLIGATION CORRÉALE. RECOURS (suite).

Pour mettre à l'abri de toute objection la théorie que nous développons ici sur le recours, il est nécessaire, en terminant, d'expliquer encore quelques textes spéciaux qui s'y rattachent plus ou moins réellement, et pour l'interprétation desquels ne se présentait point d'endroit convenable dans l'étude que nous avons faite jusqu'à présent. Voici ces textes.

I. Un texte de Papinien sur la combinaison de l'obligation corréale avec un cautionnement réciproque, est ainsi conçu (a) :

Reos promittendi vice mutua fidejussores

(a) L. 11 pr, de duob. reis (45, 2) de Papin., lib. xi respons. J'ai conservé ici la leçon irréprochable de la Florentine, dont la Vulgate s'écarte jusqu'à rendre le texte méconnaissable. La partie la plus difficile du texte est dans les mots : *item qui fidejussor*, qu'on doit ainsi compléter par la

pensée : *item tanquam eum qui fidejussor*. On pourrait aussi modifier le texte ainsi : *item qui a fidejussor*; cependant cette correction n'est pas nécessaire. — Cuja s donne une bonne explication du texte dans ses leçons sur Papinien, Opp., t. 4. p. 1311, ed. Neap.

non inutiliter accipi convenit. Reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), poterit eundem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero exstitit, in partes convenire; non secus, ac si duos promittendi reos divisim actionibus conveniret.

La décision du texte est celle-ci : Quand deux débiteurs corréaux se portent en même temps et réciproquement fidejusseurs l'un pour l'autre, il ne faut en aucune façon regarder cet acte comme étant absolument inutile et dépourvu d'effet (*non inutiliter accipi*). Il produit cette conséquence que le créancier, s'il le trouve bon, peut actionner l'un des débiteurs pour la moitié comme débiteur principal, pour l'autre moitié comme fidejussor de son codébiteur (ces deux actions ne devant pas produire un effet absolument identique) (b); de même qu'il peut aussi diviser à son

(b) Cujas présente avec une parfaite exactitude deux effets particuliers que peut produire l'action résultant du cautionnement et intentée pour la moitié de la dette. Le défendeur peut faire valoir la compensation avec une créance, qui ne lui appartient pas à lui-même, mais qui appartient à son codébiteur, débiteur principal par rapport à ce cautionnement. En outre, s'il est condamné en vertu du cautionnement, et

qu'il paie, il peut alors exercer son recours contre son débiteur principal par l'*actio mandati*. Nous pouvons encore ajouter cette conséquence, résultant du dernier état du droit, que l'action peut être provisoirement arrêtée par le *beneficium excussionis* (Nouvelle 4). — Toutes ces conséquences particulières sont à l'avantage du défendeur, et non à celui du créancier.

gré l'action résultant de l'obligation principale entre les deux débiteurs corréaux (§ 18, *b*). Seulement il est vrai de dire que ce procédé reste à l'entière discrétion du créancier, en ce sens qu'il ne peut pas être contraint à diviser ainsi ses actions.

Papinien ne veut donc pas dire qu'une convention de l'espèce décrite ici aura des conséquences très-importantes, et encore moins qu'elle procurera un grand avantage au créancier (*c*); son observation signifie simplement que cette convention ne peut pas être regardée comme absolument vide de sens et dépourvue de tout effet. — Aussi ce texte, considéré en lui-même et pour lui-même, ne présente-t-il pas grande importance; mais il acquiert une certaine valeur par le rapport intime de son contenu avec la Novelle 99, dont il sera question au § 26.

II. Quand il s'agit de calculer la quarte Falcidie sur une hérédité, qui comprend une créance ou une dette corréale, on se demande s'il faut faire entrer en compte cette obligation, et pour quelle somme. Sur ce point, Ulpien s'explique

(*c*) Le créancier n'a pas à espérer le moindre avantage de la division (note *b*); mais il peut avoir l'intention bienveillante d'assurer et de faciliter le recours au dé-

fendeur (note *b*), tout en ne voulant pas cependant se charger lui-même du fardeau gênant de poursuivre son droit contre différentes personnes.

de la manière suivante, non pas toutefois en donnant une décision qui lui soit propre, mais en présentant purement et simplement une décision de Julien (d).

Il faut distinguer, dit Julien, si les différents *correi* sont ou non en société.

Dans le premier cas il faut faire entrer l'obligation dans le calcul, comme s'il s'agissait non pas d'une obligation corréale, mais d'une obligation divisée. Il faut donc sur-le-champ faire entrer dans l'actif ou dans le passif de l'hérédité en question la quote-part correspondante à la totalité de l'obligation (e).

Au second cas se réfèrent les expressions suivantes du texte :

Quod si societas inter eos nulla fuisset, in pendentibus esse in utrius bonis computari oporteat id, quod debetur, vel ex cujus bonis detrahi.

Dans ce second cas on doit donc laisser provisoirement cette obligation en dehors de tout règle-

(d) L. 62 pr. ad L. Falc. (35, 2). La leçon du texte ne peut présenter aucun doute, sauf les expressions de la Florentine : *debere obligationem*, qui doivent être changées avec Haloander en celles-ci : *debeat obligatio*. Cette modification est exigée par la construction ; mais elle n'exerce

sur le sens aucune influence.

(e) Le motif en est qu'il est indifférent, dans ce cas, de savoir quel est le *correus* qui touchera la créance, ou paiera la dette, puisque ensuite le recours doit inévitablement amener une répartition.

ment, à cause de l'incertitude de ces résultats, et la réserver pour un calcul à faire dans l'avenir, à l'effet de quoi il y aura lieu de faire donner réciproquement des garanties comme dans d'autres cas incertains.

Cette partie du texte devrait, selon l'interprétation ordinaire, prouver que dans les obligations corréales un recours postérieur est absolument inadmissible, sauf l'exception unique de la société (*f*), opinion qui serait tout particulièrement en contradiction avec la cession forcée, ainsi qu'avec l'*utilis actio* que j'ai admise pour baser le recours. Cette manière de voir conduirait à reconnaître que l'opinion de Julien entraîne la conséquence suivante : dans tous les cas où il n'y a pas de société, ce serait le fait tout accidentel de la priorité de la poursuite, qui déciderait irrévocablement lequel des créanciers recevrait et conserverait la totalité de la créance payée, lequel des débiteurs serait appauvri et devrait nécessairement rester tel par le paiement de la totalité de la dette.

Mais il manque complètement à cette explication un élément nécessaire. Sans doute Julien veut exprimer une opposition entre les deux cas, mais on doit plutôt interpréter ainsi cette opposi-

(f) Habicht, p. 25. Cf. supra, § 23, a.

tion. Dans le cas de société, le règlement, loin de dépendre d'actes et de résolutions laissées à la discrétion des parties, trouve dans la société elle-même une base aussi solide que dans le cas d'une dette divisée dès l'origine. Il en est tout autrement quand (en l'absence de société) le recours doit se fonder sur la cession exercée au moyen de la *doli exceptio*, ou même sur l'*utilis actio*. Car ce recours dépend alors du fait que le débiteur actionné fera effectivement valoir l'exception, ou même exercera ensuite l'*utilis actio*, et aussi du fait qu'il fera triompher ces moyens devant le juge, dernier point qui pouvait toujours être considéré comme incertain, tant que toute la théorie de la cession feinte au moyen de *utilis actio* était encore en voie de formation (§ 23). Il faut rapporter l'expression : *in pendentibus* à l'incertitude de ces faits, et non pas à une négation absolue du recours en dehors du cas de société ¹.

Cette négation excluerait aussi l'introduction du recours au moyen de la cession forcée, ce qui serait en contradiction avec des témoignages positifs qui constatent la possibilité de contraindre le créancier à faire cette cession (§ 24, i, k). Si au contraire le texte en question refusait uniquement

¹ Cf. sur ce point, Demangeat, p. 261 et s.

l'utilis actio (hypothèse qu'il ne prévoit cependant pas d'après l'explication que nous venons de donner), alors on pourrait peut-être encore expliquer ce refus par la circonstance historique qu'il contient une décision de Julien, alors que la reconnaissance la plus ancienne de la cession feinte ne remonte qu'à Antonin le Pieux (§ 23, *v*).

III. Quand plusieurs cofidéjusseurs (*confidejussores*) interviennent pour la même dette, et que l'un d'eux la paie en totalité, il n'a aucun recours contre les autres cofidéjusseurs.

Les adversaires du recours raisonnent ainsi. Ces cofidéjusseurs sont *correi* entre eux. Puisqu'ils n'ont aucun recours l'un contre l'autre, il faut en conclure qu'il n'y a pas de recours entre les débiteurs corréaux (sauf le cas de société) (*g*).

Cette objection passe pour très-grave aux yeux des défenseurs du droit de recours. L'un d'eux cherche à en préserver sa théorie générale en présentant la négation du recours entre les cofidéjusseurs comme une exception aux règles qui régissent les débiteurs corréaux, exception qu'il essaie d'expliquer par une rigueur toute particulière au droit sur la fidéjussion (*h*). — Cette solution de la

(*g*) Schroeter, p. 424, 425.

(*h*) Sell dans Linde, t. 4, p. 17-36.

difficulté ne me paraît pas satisfaisante, parce que j'admets dans le droit de la fidéjussion précisément l'opposé de cette rigueur spéciale. Les Romains considéraient les cautionnements sous leurs diverses formes comme une institution de droit si délicate et si pleine de dangers, qu'ils cherchaient des garanties contre les risques qu'elle présentait dans les restrictions les plus arbitraires, et c'est à peine si on peut rencontrer quelque autre institution juridique sur laquelle ait empiété un aussi grand nombre de plébiscites (i). C'est dans ce caractère que je trouve l'opposé de cette rigueur particulière qu'on voudrait voir exister contre les fidéjusseurs.

Pour entrer plus avant dans le sujet, nous allons d'abord chercher à bien établir la règle même, qui interdit le recours entre les cofidéjusseurs.

Elle est directement exprimée dans un passage des Institutes (k) : voici la marche des idées dans ce passage. Quand un fidéjusseur est actionné pour le tout, il peut, d'après l'*epistola D. Hadriani*, exiger d'abord que l'action soit divisée, et intentée contre les cofidéjusseurs également

(i) G a i u s , Lib. 3, § 120, *sq.*
Ces restrictions ne sont pas, pour la plupart, passées dans le droit

de Justinien.

(k) § 4 J. de fidej. (3, 20).

solvables pour leur part. S'il néglige de faire cette demande, et qu'il soit par conséquent obligé de payer le tout, mais que le débiteur principal soit insolvable, il doit alors supporter seul la perte (il n'a donc pas de recours contre les *cofidéjusseurs*); il doit s'imputer à lui-même d'avoir négligé de se garantir par l'*epistola D. Hadriani*. Ici donc non-seulement on refuse le recours, mais encore on donne le motif du refus; une institution particulière venait au secours du *fidéjusseur*, et quand il ne la mettait pas à profit, la dette lui restait en propre.

Ce passage des *Institutes* est tiré d'un passage de *Gaius*, dont les termes sont identiques, et le rapport intime qui les unit fait encore ressortir plus clairement la négation du recours (1). *Gaius* dit d'abord qu'entre les *sponsores* et les *fidepromissores* la *L. Apuleia* avait introduit une certaine communauté (*quamdam societatem introduxit*), de sorte que celui qui payait le tout avait contre les autres une action en recours. Mais il en était tout autrement à l'égard des *fidejussores*, entre lesquels il n'y avait pas lieu à un recours de ce genre.

(1) *Gaius*, Lib. 3, § 122. Il y a, il est vrai, des lacunes dans le texte; mais sa concordance avec

les *Institutes* de Justinien, ainsi que son contenu ne sont pas douteux.

La même décision se trouve dans les expressions suivantes de Modestin (m) :

Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, *danda actio non est.*

A la vérité il ajoute l'exception : *si..... nec ei cessæ sint actiones*, qui d'ailleurs se comprend d'elle-même. Il excepte donc uniquement la cession effective, opérée par la volonté du créancier ; mais il ne reconnaît pas au défendeur de prétention juridiquement fondée pour l'obtenir ; il ne faut donc pas songer, d'après Modestin, à une *utilis actio* remplaçant la cession forcée, qui est d'ailleurs refusée d'une manière absolue par les expressions que nous venons de transcrire.

Le rescrit suivant de l'empereur Alexandre vient encore confirmer cette décision (n) :

Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, *actio ei adversus eum, qui una fidejussit, non competit.* Potuisti sane, cum fisco solveres, *desiderare, ut jus pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur* ; et si hoc ita factum est, *cessis actionibus uti poteris.* Quod et in privatis debitis observandum est.

Ici encore, au début du texte, le refus absolu de

(m) L. 39 de fidej. (46, 1).

(n) L. 11 C. de fidej. (8, 41).

l'action en recours contre les cofidéjusseurs est proclamé d'une manière incontestable, et très-certainement on exclut par là aussi l'*utilis actio*. Il semblerait que les expressions qui suivent reconnaissent un droit à la cession de l'action, et on pourrait croire que ce droit doit conduire nécessairement par voie de déduction à l'*utilis actio*. Mais l'action, dont on mentionne ici la cession forcée, n'est pas l'action contre les cofidéjusseurs, mais contre le débiteur principal. C'est ce qui résulte bien évidemment de la relation qu'on établit entre la cession de l'action résultant de l'obligation (action personnelle) et le transport des hypothèques (la cession des actions hypothécaires), toutefois dans la supposition que les hypothèques ont été constituées par le débiteur principal, et non par les cofidéjusseurs. Que la caution qui paie puisse exiger la cession de toutes les actions du créancier contre le débiteur principal, il n'y a rien là que de très-naturel; car elle a déjà directement contre le débiteur principal l'*actio mandati*.

En réunissant tous ces textes, nous voyons qu'ils s'accordent à reconnaître que la caution qui paie n'a aucune action en recours contre les cofidéjusseurs, et, bien certainement aussi, aucune *utilis actio*, d'où nous devons conclure, d'après la théorie exposée ci-dessus, qu'elle ne peut avoir eu

aucun droit à se faire céder l'action contre les cofidéjusseurs (o).

Faut-il conclure avec l'auteur cité plus haut (note g) qu'en règle générale on ne doit pas admettre de recours, même entre les débiteurs corréaux? En aucune façon. Les deux partis indiqués ci-dessus se trompent également en admettant que les cofidéjusseurs étaient entre eux dans le même rapport que des débiteurs corréaux; car, de l'un à l'autre, ce rapport n'existe pas, et même il n'y a aucun rapport de droit proprement dit.

A la vérité, chaque fidéjusseur, pris isolément, est *correus* de son débiteur principal, et quand il libère celui-ci par le paiement de la dette, il libère en même temps les cofidéjusseurs. Mais ce fait ne

(o) Deux textes pourraient rendre douteuse cette dernière proposition, et conduire à admettre que le principe pourrait avoir été peut-être controversé entre les anciens jurisconsultes : 1) L. 17 de fidej. (46, 1). « Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina. » Mais ces expressions portent moins sur un droit déterminé de la caution (au moyen de la *doli exceptio*) que sur une intervention équitable du juge. Il y avait là un point de contact naturel avec le *beneficium divisionis* du fidéjusseur, en comparaison duquel la cession était encore plus avantageuse au créancier. — D'ailleurs ce texte est de Ju-

lien, du temps duquel une *utilis actio*, comme conséquence de la cession forcée, n'était pas encore reconnue (§ 23). 2) L. 36 eod. à la fin de laquelle il est dit du créancier : « quia tenetur ad id ipsum, ut præstet actiones. » Mais Paul ne dit pas que cette obligation de faire la cession doive s'entendre des actions contre les cofidéjusseurs, on peut aussi entendre par là les actions contre le débiteur principal (l'action personnelle et les actions hypothécaires). — En tout cas ces témoignages indirects sont moins susceptibles d'être considérés comme le dernier mot de la législation de Justinien que les décisions si catégoriques citées plus haut (notes k, l, m, n).

produit qu'une influence indirecte sur les *cofidéjusseurs*, par l'entremise du débiteur principal, qui leur sert d'intermédiaire. Entre les *cofidéjusseurs eux-mêmes* il existe si peu un rapport de droit *immédiat*, qu'il est possible qu'ils ignorent *complètement* leur existence l'un vis-à-vis de l'autre (p).

Si donc les *cofidéjusseurs* ne sont pas *correi* l'un vis-à-vis de l'autre, l'absence du droit de recours entre eux ne peut être nullement invoquée pour refuser ce droit entre les véritables *correi*.

§ 26.

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. B. OBLIGATION CORRÉALE. NOVELLE 99.

AUTEURS (a) :

Donellus in *Codicem*, tit. de duob. reis, cap. 13.
Glück, t. 4. p. 526, 527.

(p) D'après *Gaius*, Lib. 3, § 123, un plébiscite, dont le nom est inconnu, avait décidé que dans le cas des *sponsores* et des *fidepromissores* il faudrait faire publiquement connaître à chacun d'eux le nombre et le nom de ses coobligés, sous peine de perdre tout son droit. Ce plébiscite ne concernait pas les *fidejussores*; cependant, même pour ceux-ci, il

était d'usage de faire cette déclaration (mais elle n'était pas nécessaire, bien plus elle n'était pas garantie par la menace d'une peine). Le droit de Justinien ne parle pas de cette disposition; donc, pour nous, le principe exprimé plus haut dans le corps de l'ouvrage reste vrai d'une manière absolue.

(a) Je me suis renfermé ici dans

Asverus ad Novellam 99. Jenæ, 1822.

V. Schroeter dans *Linde*, t. 6, p. 435-446.

Burchardi, *Archiv.*, t. 19, p. 49-71.

Heimbach dans *Linde*, t. 16, p. 65-71.

Vangerow, p. 80-87 ¹.

Depuis l'époque des glossateurs, peu de lois de Justinien ont été, entre nos écrivains, l'objet de plus vives controverses que la Nouvelle 99, et il s'est amoncelé sur ce point une si grande abondance de matériaux qu'il s'agit bien plutôt aujourd'hui de présenter un aperçu concis des résultats acquis que d'augmenter encore ces matériaux (b). La controverse roule bien moins sur la décision proprement dite de la loi elle-même que sur la détermination précise de l'objet auquel se réfère la disposition de cette loi.

Un point qui présente une importance toute particulière, c'est l'observation présentée au début de la loi, que Justinien a promulgué brièvement une loi sur les diverses espèces de cautions, et que cette loi exige un complément, qui doit se trouver dans la Nouvelle. Tous les auteurs sont d'accord pour admettre qu'on fait allusion à la No-

la citation des auteurs les plus importants : beaucoup d'autres sont nommés par Glück, l. c., Asverus, p. 7-20, Vangerow, l. c.

(b) Les plus riches matériaux pour l'exacte explication du texte se trouvent dans Asverus, Burchardi et Heimbach, l. c.

¹ Ajoutons Demangeat, p. 325 à 337.

velle 4 (à ce qu'on a appelé le *beneficium excussionis*) : nous trouvons par conséquent dans cette observation l'indication importante, que le contenu de la loi dont il est ici question doit nécessairement être en relation intime et sensible avec la loi antérieure (c).

Pour l'explication de la loi, trois opinions principales se sont formées : autour d'elles viennent se grouper quelques points de vue isolés (d).

I. Ce sont les cautions qui forment l'objet de la loi (e). Jusqu'alors cette classe d'obligés était toujours engagée solidairement par elle-même, et protégée seulement par le *beneficium divisionis* ; notre loi pose en règle générale qu'ils ne doivent plus répondre que divisément du paiement de la dette, de sorte qu'une garantie solidaire (et avec elle la nécessité du *beneficium divisionis*), ne peut être introduite que par une convention expresse.

D'après cette opinion, Justinien aurait établi pour les *fidejussores* ce que l'antique *L. Furia* avait édicté en Italie pour les *sponsores* et les *fide-*

(c) La Novelle 4 est de 535, la Novelle 99, de 539 : les deux lois ne sont donc séparées que par un intervalle de quatre années.

(d) Burchardi, l. c., qui d'ailleurs présente d'excellentes observations pour la critique des autres opinions, admet que la Novelle a trait au cas de conventions

obscuras et équivoques, sur lesquelles elle donne une décision interprétative. Les expressions de la loi ne sont pas favorables à cette explication.

(e) Sur cette opinion et ses défenseurs, cf. Asverus, p. 18, 63-66.

promissores (f). Cette interprétation n'est pas conforme aux expressions de la loi ; de plus elle ne se réfère nullement à la Nouvelle 4. Aussi cette opinion n'a-t-elle de tout temps trouvé que très-peu de partisans.

II. Ce sont tous les débiteurs corréaux qui forment l'objet de la loi, de sorte qu'on la considère comme une transformation de la théorie des obligations corréales, en ce sens que le *beneficium divisionis*, qui n'avait existé de tout temps qu'en faveur des cofidéjusseurs, doit s'étendre maintenant à tous les débiteurs corréaux (g).

Cette opinion a été de tout temps admise par la grande majorité des auteurs, et on a soutenu, en particulier, qu'elle avait été reconnue par la pratique (h).

Toutefois les expressions de la loi ne sont pas favorables à cette explication, qui n'établit pas du reste de rapport intime avec la Nouvelle 4, et on n'éprouvait certainement pas en pratique le besoin de transformer aussi profondément toute cette

(f) Gaius, Lib. 3. § 121, 122.
(g) C'est là le motif pour lequel j'ai jugé nécessaire de parler précisément en cet endroit de la Nouvelle 99.

(h) Cette opinion est défendue, entre autres écrivains, par Glück, l. c., Schroeter,

p. 445, 446, Ribbentrop, p. 116, Puchta, Pandekten, § 235, o, et Vorlesungen (Cours publics), p. 235, 236. — L'opinion elle-même, et la pratique qu'on a invoquée en sa faveur, sont très-bien réfutées par Burchardi, l. c.

institution juridique si ancienne. En outre Justinien, quand il veut effectivement opérer des changements aussi radicaux, n'a pas l'habitude de laisser dans l'ombre leur importance (i), tandis qu'ici le début de la loi n'indique qu'un léger complément, destiné à venir en aide à sa disposition antérieure.

III. Les débiteurs corréaux qui forment l'objet de la loi sont exclusivement ceux qui, tout en faisant une convention de corréalité, se sont en même temps portés réciproquement fidéjusseurs l'un pour l'autre (k).

Pour démontrer l'exactitude de cette opinion, il est nécessaire d'exposer d'abord brièvement le contenu de la loi et l'enchaînement des idées.

Quand plusieurs individus se constituent débiteurs d'une seule et même dette, et se portent en outre réciproquement fidéjusseurs l'un pour l'autre, deux cas peuvent se présenter en ce qui concerne la dette principale.

(i) Qu'on compare par exemple les introductions à la Nov. 22 et à la Nov. 118.

(k) Cette opinion que je crois exacte, est déjà exposée et défendue par Donellus, Asverus, Heimbach, l. c. Ce dernier auteur s'écarte principalement de l'opinion commune, en ce qu'il cherche à restreindre la Novelle au cas du prêt d'argent. Cependant je ne puis pas

voir là une divergence d'opinion essentielle. Bien que les expressions se réfèrent d'abord au prêt, toutefois ce contrat n'est mentionné que comme représentant les obligations corréales, et il ne faut pas du tout admettre que par exemple un contrat de vente solidaire puisse, dans l'esprit de cette loi, être interprété et jugé d'après d'autres règles.

Dans le premier cas, on suppose que les parties ne disent rien de la garantie solidaire pour la dette principale. Alors elles ne sont en réalité tenues chacune que pour sa part (l). Le second cas suppose que les parties s'obligent solidairement pour la dette principale (m). Alors le créancier doit jouir du bénéfice résultant de cette convention, et pouvoir, par conséquent, actionner pour le tout l'un des débiteurs à son choix. Seulement le juge (n) doit citer les autres codébiteurs qui habitent dans

(l) Ceci est l'antique règle du droit romain, et il est absolument faux de croire, comme certains auteurs, que cette règle devait être exposée ici ou devait être au moins confirmée d'une manière plus énergique. On ne cite l'hypothèse tout entière qu'à cause de la corrélation des deux cas et pour faire mieux ressortir par le contraste l'hypothèse qui suit. Sans doute on peut s'étonner au premier abord que ce cas soit traité aussi brièvement, et ne soit pas (comme le second) développé dans ses conséquences éloignées. Mais cela s'explique très-justement par cette circonstance que, pour le premier cas, le droit existant suffisait amplement, et rendait par conséquent inutiles de nouvelles explications. Car, quand le créancier actionnait l'un des débiteurs partie comme débiteur principal, partie comme fidéjusseur, le défendeur se garantissait contre la dernière action par le *beneficium excussionis* résultant de la Nouvelle 4.

(m) C'est donc exactement le

même cas que dans le texte de Papinien, transcrit plus haut (§ 25, a) : Plusieurs débiteurs corréaux, et de plus un cautionnement réciproque de ces mêmes débiteurs. Le crédit immense et persistant, qui s'est toujours attaché au nom de ce jurisconsulte, me fait croire sans aucun doute que l'auteur de la Nouvelle avait directement en vue ce texte. — C'est tout à fait à tort que certains défenseurs de la seconde opinion (note h) entendent les choses en ce sens que cette opinion coïnciderait, à proprement parler, avec celle que nous défendons en ce moment ; en ce sens que toute obligation corréale renfermerait un cautionnement mutuel, et réciproquement. Si les conséquences extérieures des deux opérations juridiques peuvent être en grande partie identiques en elles-mêmes, ces opérations sont au fond complètement différentes l'une de l'autre.

(n) Bien entendu, quand le défendeur le demande, et non à proprement parler d'office.

le même lieu et sont solvables, et tous ces débiteurs doivent satisfaire en commun le créancier, de sorte qu'ils supportent proportionnellement les parts des insolubles, ainsi que celles des absents (o).

Ce procédé nouveau engendre les effets suivants : Le créancier atteint son but dans toute la rigueur du droit ; car il obtient pleine et entière satisfaction par une seule action et en choisissant librement le défendeur qu'il veut. Peu lui importe d'ailleurs d'obtenir cette satisfaction de telle ou telle bourse. D'un autre côté, le défendeur acquiert l'avantage de faire participer au paiement ses co-débiteurs, par conséquent un avantage analogue à celui qu'il retire du *beneficium excussionis*. En ce sens, Justinien pouvait dire très-exactement que cette loi était un complément de la Nouvelle 4 ; car on ne pouvait pas appliquer directement celle-ci, attendu que le défendeur était actionné non comme caution, mais uniquement comme débiteur principal. En même temps, cette nouvelle loi contient une extension de la pensée de Papinien, seulement par l'intermédiaire de la législation positive.

(o) Il va de soi qu'ils aient ensuite un recours contre ceux-ci, en tant que ce recours est fondé

sur des règles générales ; cela n'avait pas besoin d'être exprimé d'une manière spéciale.

On a objecté contre cette explication que les débiteurs qu'on suppose ici, s'étant engagés doublement, comme débiteurs principaux et comme cautions, il serait absurde d'attribuer au droit du créancier contre eux moins d'efficacité que s'ils avaient contracté simplement une obligation corréale, sans cautionnement (p). Mais nous venons déjà de faire observer que ce procédé n'affaiblit en rien le droit du créancier. Quant à admettre quelque chose de spécial entre les codébiteurs eux-mêmes, cela se justifie très-bien : car précisément par ce cautionnement réciproque, ils ont donné à entendre qu'ils voulaient se placer l'un vis-à-vis de l'autre dans des relations plus étroites que les relations ordinaires. Mais la simple obligation corréale eût été pleinement suffisante pour l'intérêt du créancier.

Ce qui vient singulièrement confirmer l'exactitude de cette explication, c'est une très-ancienne autorité. Julien, dont l'abrégé des Novelles n'est postérieur que de quelques années à la loi dont nous nous occupons, en a présenté le sens exactement comme nous venons de l'admettre (q).

(p) Vangerow, p. 86.

(q) Juliani epit. Nov. Const. 92, cap. 348.

S'il faut enfin apprécier cette loi, nous ne pouvons rien objecter contre la justice et l'équité de sa décision : car le droit du créancier reste intact, et il ne se produit entre les codébiteurs d'autre résultat que celui qui pouvait d'ailleurs se manifester à la suite du recours qui serait ultérieurement exercé. La loi n'a pas, à vrai dire, la moindre importance pratique : car l'opération juridique compliquée qu'elle suppose ne se présentera que très-rarement. Mais ce qui, en fait, est important, c'est de proclamer l'inexactitude des explications différentes réfutées plus haut, et de les repousser.

§ 27.

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION. B. OBLIGATION CORRÉALE. DROIT ACTUEL.

Pour terminer cette théorie, il faut encore rendre compte de la forme que cette institution a prise dans notre droit commun actuel, ainsi que dans les autres législations modernes.

Le rapport fondamental que le droit romain a établi entre la division de l'obligation comme règle, et la corréalité comme exception possible, reste intact dans le droit actuel, et il n'y a pas même de motif pour le modifier (§ 16, 22).

Parmi les sources, ont disparu : la stipulation et le contrat littéral (§ 17).

Quant aux effets, la plupart n'ont pas subi de modification. La libération résultant de la litis-contestation a déjà disparu dans le droit de Justinien ; l'acceptilation, et en partie aussi la novation, font défaut chez nous (§ 18, 19).

Les cas improprement dits de corréalité subsistent encore (§ 20, 21).

Quelques cas nouveaux d'application sont venus s'ajouter aux anciens.

Ce sont d'abord les sociétés de commerce proprement dites, pour lesquelles toutefois on ne trouve pas de règles de droit nouvelles et étrangères au droit romain. Chaque membre de la société est en principe en même temps *institor*, et engage solidairement par ses actes les autres associés : en ce cas par conséquent on fait l'application du droit romain (a).

Il faut citer en second lieu un autre cas d'application, complètement nouveau et tout à fait particulier, qui par son importance et sa fréquence dépasse de beaucoup tous les autres cas d'application. L'émission d'une lettre de change

(a) Th o e l, Handelsrecht surtout § 38. — Cf. ci-dessus § 21. (Droit commercial), § 34 sq..

procure à tout porteur les droits d'un créancier; il a vis-à-vis de lui comme débiteurs corréaux diverses personnes : le tireur, l'accepteur, les endosseurs, qui peuvent figurer en nombre illimité. Quand on réclame à l'un d'eux le montant de la lettre, et qu'il paie, il acquiert, par la tradition de la lettre, la plénitude du droit du créancier contre les autres, et le même effet peut se produire successivement à l'égard de beaucoup de personnes. Ce rapport de droit présente avec la corréalité romaine cette analogie incontestable, que le créancier peut actionner à son choix pour la totalité de la dette l'une d'entre plusieurs personnes; mais il se distingue en des points tout à fait essentiels de la corréalité romaine. Il n'y a pas ici de cession : elle est remplacée par l'acquiescement et la tradition de la lettre de change. Le paiement fait par un des codébiteurs en particulier n'a donc pas pour conséquence d'éteindre tout le rapport obligatoire (comme dans l'obligation corréale romaine) : il constitue seulement celui qui l'a effectué, véritable et unique créancier, avec tous les droits dont jouissait le créancier antérieur. Il n'y a, entre les différents débiteurs, ni société, ni rapport analogue à une société. Il ne peut donc pas être question d'un règlement entre eux. — Cette institution de droit, d'une extrême impor-

tance, a une existence à part et tout à fait indépendante. Autant il serait inexact de lui appliquer les règles de la corréalité romaine, autant il serait inexact, d'après les règles qui gouvernent cette institution, de chercher à transformer en quelque sorte le véritable rapport de corréalité, tel qu'il a été exposé plus haut, par exemple, en envisageant le contrat de change comme la forme générale, de l'idée actuelle de corréalité.

Il reste à indiquer enfin quelle forme a prise la théorie des rapports de corréalité dans les législations modernes les plus importantes.

La législation prussienne a suivi, sur certains points capitaux, une voie différente de celle du droit commun, peut-être sans avoir l'intention bien arrêtée d'y introduire un changement.

Sur le rapport de plusieurs créanciers figurant l'un à côté de l'autre, le *Landrecht*¹ (droit

¹ Nous devons donner ici quelques explications sur la signification précise du mot *Landrecht*. Nous avons déjà dit que le Droit commun (*Gemeines Recht*) de l'Allemagne, n'était autre que le Droit romain, modifié par les constitutions des empereurs germaniques. Plusieurs souverains firent faire, pour leurs états particuliers, des recueils de ces constitutions, traduites du latin en allemand, auxquelles on ajouta les principales dispositions des coutumes locales. Ces compilations prirent le nom de *Landrecht* (Droit du pays, de l'état, droit national). Ces *Landrecht* furent souvent révisés, et de profondes modifications,

national) donne la décision suivante : Le droit contre le débiteur ne doit être exercé que par tous les créanciers en commun, comme s'il s'agissait d'une propriété commune; aussi un créancier isolé ne doit-il pas pouvoir, par ses actes positifs ou ses actes de renonciation, affaiblir le droit des autres (b). Cette disposition diffère entièrement tant de la règle que de l'exception admise par le droit romain : d'une part, en effet, chaque créancier individuellement ne peut faire valoir la créance pour sa part (ce qui constitue la règle en droit romain); d'autre part, il ne peut poursuivre toute la créance (comme il le pourrait d'après le rapport de corréalité exceptionnel du droit romain). — Dans l'application, cette disposition entraîne de graves difficultés, et même la procédure renferme

(b) Allg. L. R. (Droit national général), partie I, tit. 5, § 450-453.

tant de fond que de forme, furent apportées aux différentes éditions qui en furent successivement publiées. Bref, chaque *Landrecht* devint un droit particulier, une sorte de code opposé au Droit commun, dont l'autorité ne subsista plus que pour les points non prévus dans les *Landrecht*.

Le premier Landrecht prussien fut publié en 1714, par les soins de professeurs de l'Université de Halle. Une seconde édition, beaucoup plus complète, où les matières, revues et corrigées, sont distribuées dans un ordre nouveau, et divisées par chapitres et paragraphes, fut commencée en 1746, terminée et publiée seulement en juin 1794, sous ce titre : *Allgemeines Landrecht für die Preussische Staaten* (Droit national général pour les états prussiens). Cf. sur tous ces points l'excellent ouvrage de Frédéric Blühme : *Encyclopædie der in Deutschland geltende Rechte* (Encyclopédie des droits en vigueur en Allemagne), 1^{re} livraison. p. 151 et s. Bonn, 1854.

une décision qui ne concorde pas avec elle, de sorte que la jurisprudence n'a pas maintenu la règle du Landrecht, au moins dans certaines de ses applications (c). — Mais, même en considérant les choses au point de vue du Landrecht, nous pouvons dire sans aucun doute que les parties sont libres d'établir par convention un rapport différent, et non-seulement une créance divisée entre plusieurs créanciers, ce qui ne peut souffrir la moindre difficulté, mais encore le véritable rapport de corréalité, tel qu'il est reconnu dans le droit romain comme exception parvenue à son complet développement, et exigeant la volonté des parties pour son admission.

Sur le rapport de plusieurs débiteurs (cas plus fréquent d'ailleurs et par suite plus important), le Landrecht se rattache de plus près aux idées du droit romain, tout en renversant cependant d'une façon absolue les décisions de ce droit. En règle générale, il faut admettre ici un rapport de corréalité, et seulement comme exception devant être expressément établie, la division de la dette entre plusieurs débiteurs (d). Cette nouvelle disposition a été introduite non pas parce que les

(c) Koch, Forderungen (Droits de créance), § 64, Lehrbuch (Traité), § 515-517.

(d) A. L. R., partie I, tit. 5, § 424; 425.

auteurs du Landrecht auraient jugé, utile pour des raisons pratiques, de changer le droit commun, mais parce qu'ils ont mal compris les véritables principes du droit romain (e).

Il faut encore mentionner les décisions accessoires du Landrecht qui suivent. Quand l'un des débiteurs corréaux a payé le tout, il a, en règle générale, contre ses codébiteurs, un recours pour parts égales (f). Toutefois, à un autre endroit, on trouve cette décision qu'il succède complètement au droit du créancier (g). Comme ce droit est un droit de solidarité, on pourrait l'entendre en ce sens qu'il serait permis à ce débiteur d'actionner pour le tout son plus proche codébiteur (bien entendu en faisant déduction de sa propre part), et on a cherché en effet à soutenir cette opinion (h).— On pourrait tirer de là cette dangereuse conséquence, qu'en cas d'insolvabilité de quelques-uns des codébiteurs, celui qui a payé le premier pourrait faire retomber les risques de l'insolvabilité sur l'un quelconque des codébiteurs solvables, ce

(e) Des déclarations de Suares, contenues dans les archives, il résulte clairement qu'il croyait faire revivre l'antique et pur droit romain, par opposition aux nouvelles décisions arbitraires de la Novelle 99 (telle qu'il la comprenait avec beaucoup d'autres auteurs). Koch, Forderungen (Droits de créance), § 61, où le

texte décisif est transcrit. Cf. ci-dessus, § 26, I.

(f) A. L. R., partie I, tit. 5, § 443-445.

(g) A. L. R., partie I, tit. 16, § 492-494.

(h) Koch, Forderungen (Droits de créance), § 66, p. 33, où cette prétention est réfutée par de bonnes raisons.

qui serait en complète opposition avec les principes qui ont été exposés ci-dessus pour le droit commun (§ 24, *p*, *q*). Mais c'est précisément en vue de cette conséquence très-importante et très-dangereuse, que le Landrecht a donné la décision opposée, et déclaré en termes exprès que le préjudice résultant de cette insolvabilité doit être supporté pour parts égales par tous les débiteurs solvables (*i*).

Pour le cas où une obligation est mise à la charge de plusieurs personnes à la suite d'une violation de droit exécutée en commun (corréalité improprement dite), on trouve dans le Landrecht des règles analogues à celles du droit romain, sauf les modifications suivantes. Les auteurs de la violation sont débiteurs corréaux, mais celui qui est obligé de payer le tout a son recours contre les autres. Ce n'est que dans le cas de délit intentionnel que ce recours n'a pas lieu ; et la part d'indemnité que le codébiteur non actionné aurait eue à payer doit être versée par lui dans la caisse des pauvres du lieu (*k*).

Le code français est en parfait accord avec le

(i) A. L. R., Partie I, tit. 5, § 417.

(k) A. L. R., Partie I, tit. 6, § 29-35.

droit romain, dont il ne s'écarte que sur des points accessoires.

Ici le rapport de corréalité ne doit pas non plus être admis comme règle ; il ne peut être établi que par une convention expresse, tant du côté actif que du côté passif (l).

Les effets sont absolument les mêmes qu'en droit romain, sauf les modifications suivantes.

Quand un cocréancier fait remise de la dette au débiteur commun, cette remise ne vaut que pour la part de celui qui la fait ; le surplus de la dette continue d'exister pour les autres comme créance solidaire. Le même effet se produit, quand un seul des créanciers défère le serment au débiteur, et que celui-ci le prête (m).

Quand il y a confusion entre l'un des débiteurs solidaires et le créancier, la dette n'est éteinte que pour la part de ce débiteur (n). — La remise de la dette à l'un des débiteurs éteint l'obligation vis-à-vis de tous ; seulement, quand le créancier réserve expressément son droit contre les autres, la remise ne produit d'effet que

(l) *Code civil*, art. 1197, 1202.
— On trouve des exceptions pour le commodat de la même chose fait à plusieurs personnes (art. 1887), puis dans le droit relatif au mariage et le droit commercial,

qui, du reste, sont régis par des principes différents de ceux du droit romain.

(m) *Code civil*, art. 1198, 1365.

(n) *Code civil*, art. 1209.

pour la part du débiteur auquel elle est consentie (o).

Le Code autrichien se rattache encore d'une manière plus absolue que le Code français au droit romain.

Ici également la corréalité ne constitue la règle ni du côté actif ni du côté passif ; il faut l'insérer expressément dans la convention pour qu'elle puisse exister. Les effets sont les mêmes que dans le droit romain (p).

De même au point de vue du règlement définitif (§ 23, 24), on admet encore ici des règles qui sont en parfait accord avec le droit romain bien compris. Quand l'un des débiteurs a payé le tout, il peut exiger de chacun de ses codébiteurs une indemnité pour sa part, et en principe pour parts égales. Le préjudice résultant de l'insolvabilité d'un codébiteur doit être supporté proportionnellement par les autres. — Si un cocréancier a reçu toute la dette du débiteur commun, il n'est pas

(o) Code civil art. 1284, 1285. La remise est donc en principe traitée comme l'acceptilation romaine, et non comme le pactum romain, qui cependant se rappro-

che certainement plus du droit actuel que l'acceptilation. — L'exception qu'on ajoute est tout à fait étrangère au droit romain.

(p) Code autrichien, § 891-894.

1 En français dans l'original.

obligé, en vertu du rapport de corréalité lui-même, à partager le bénéfice avec les autres ; cette obligation ne peut donc résulter que d'autres rapports de droit ajoutés au premier (q).

§ 28.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS POSITIVES, NÉGATIVES, INSTANTANÉES, CONTINUES.

Des quatre parties que nous avons mentionnées plus haut comme objets du premier chapitre (§ 1, 2,) et qui devaient servir à déterminer la nature générale des obligations, il nous reste encore actuellement à examiner la quatrième : l'objet de l'obligation, qu'on peut aussi nommer son contenu.

Cet objet consiste en des actes isolés d'une personne, actes dont l'exécution porte atteinte à sa liberté, en ce sens qu'ils sont soumis à une volonté étrangère ; ce sont les prestations du débiteur (§ 2).

L'étude de ces prestations, comme objet de l'obligation, se divise en trois parties dont chacune exige un examen attentif.

(q) Code autrichien. § 895-896.

A. La nature de la prestation même : à ce propos, nous devons successivement étudier les différences qui séparent :

1. Les prestations positives et négatives.
2. Instantanées et continues.
3. Divisibles et indivisibles.
4. Possibles et impossibles.
5. Déterminées et indéterminées.

B. Le lieu de la prestation.

C. Le temps de la prestation.

1. La première différence qui se présente dans la nature ou le caractère des prestations consiste, comme nous venons de l'indiquer, en ce qu'elles peuvent être ou positives ou négatives, ou, ce qui est la même chose, en ce qu'elles constituent un fait ou une omission.

De ces deux classes la première est de beaucoup la plus importante et la plus nombreuse, à ce point que la deuxième n'apparaît que comme un cas rare et tout à fait secondaire. Nos sources de droit offrent de cette seconde classe les applications suivantes, qui vont en faire saisir parfaitement l'idée.

Une personne peut promettre qu'elle-même (et ses héritiers) n'empêchera pas un tiers de posséder une chose ou d'aller et de passer sur la propriété

de lui, promettant (a). Cette convention ne contient pas seulement l'engagement de s'abstenir des voies de fait qui tendraient à troubler un droit incontesté, mais encore celui de n'y apporter aucun trouble juridique, en sorte que cette obligation va produire certaines conséquences analogues (moins énergiques cependant) à celles que produit le transport de la propriété, ou l'établissement d'une servitude; elle pourra, dans ce dernier cas, être avantageusement employée, là où un obstacle juridique s'oppose à l'établissement d'une véritable servitude. — Un autre cas se présente en matière de pêche sur le rivage de la mer. A vrai dire, le droit de pêcher appartient à tout le monde, et spécialement à celui-là qui en sa qualité de propriétaire du rivage a l'occasion de s'approcher de la mer et d'en user à sa volonté. Si ce propriétaire, dans l'intérêt de son voisin, prend l'engagement de s'abstenir de la pêche, afin que cette absence de concurrence permette à ce voisin de prendre plus de poissons, cette convention fait naître pour le promettant et ses héritiers une obligation portant sur une simple omission (b).

(a) L. 75 § 7, L. 83 pr., L. 85 § 3 de V. O. (45, 1). De même : *dolum abesse*, ou *amplius non agi*. L. 4 pr. § 1 cod.

(b) L. 13 pr. *comm. præd.* (8, 4).

Ce texte, très-instructif, fait remarquer que cet engagement, ainsi contracté, peut bien valoir comme une obligation, mais non comme une servitude, liant tous

— Un rapport analogue se présente dans le cas où un industriel, qui craint la concurrence d'un tiers au lieu même où il est établi, obtient de lui la promesse qu'il n'y exercera jamais son industrie.

La prestation positive, comme objet de l'obligation, se présente sous deux formes différentes : comme dation ou comme fait dans la stricte acception du mot.

Par le mot dation, nous entendons les prestations qui ont pour but un changement se rapportant au droit des choses, en ce sens que le débiteur doit procurer au créancier la propriété, ou quelque autre droit réel ; ou tout au moins l'usage temporaire d'une chose, le simple exercice d'un droit réel. L'expression est donc employée tantôt dans un sens large, tantôt dans un sens étroit. On l'applique même à des actes qui ne se rapportent pas au droit des choses, mais qui doivent simplement augmenter le patrimoine du créancier en lui attribuant une créance (par exemple par cession), ou même en le libérant d'une dette, opé-

les tiers qui pourraient, dans l'avenir, être propriétaires du fonds : car le droit de pêche, que le propriétaire actuel s'interdit d'exercer, n'est pas une émanation de sa propriété, mais un droit commun à tous les hommes sur la mer,

en tant que res communis, § 1. *J. de rer. div.* (2, 1). — Aux obligations négatives appartiennent aussi les *Bannrechte* allemands, dont nous avons plus haut indiqué la nature propre à un autre point de vue (§ 15).

ration qu'on peut bien considérer encore comme une augmentation de patrimoine.

Quant au fait, il comprend tous les actes qu'on ne peut pas faire rentrer dans la dation d'après les explications que nous venons de donner. Les plus importants de ces actes sont ceux qu'on désigne du nom général de travail, dont l'essence consiste dans le déploiement de forces (intellectuelles ou physiques). Et même le travail, comme objet de l'obligation, a encore le plus souvent pour but l'acquisition ou la transformation des choses (c), quoique d'un autre côté nous voyions aussi le travail offrir une nature plus personnelle, tel que celui des domestiques. — Mais il y a, comme formant l'objet des obligations, des faits beaucoup plus nombreux, qui ne peuvent aucunement rentrer dans l'idée de travail : ce sont surtout les actes multiples et importants, qui engendrent les rapports juridiques, et qui peuvent encore figurer comme objets des obligations. Lorsque, par exemple, quelqu'un promet de fournir un cautionnement pour un tiers, l'essence de cet acte qu'il s'est engagé à accomplir consiste non pas dans le déploie-

(c) Un cas d'une importance spéciale est celui où le travail tend à produire une chose déterminée (*opus facere*), par exemple

à construire une maison ou un autre édifice. Sur la nature particulière de ces prestations, cf. plus bas § 32.

ment de forces insignifiant qu'exige la prestation (orale ou écrite) du cautionnement, mais bien plutôt dans la nécessité de conclure l'opération juridique, à laquelle viennent se rattacher d'un côté les risques, de l'autre les avantages, du crédit procuré par le promettant.

Il est bon de mentionner ici le rapport qui unit les idées que nous venons d'émettre, avec les expressions techniques des Romains. En général à la dation et au fait correspondent les expressions romaines *dare* et *facere* (*d*). — *Dare*, en particulier, exprime souvent d'une manière absolue l'obligation de procurer directement la propriété ou une servitude d'après le droit civil rigoureux (*ex jure Quiritium*) ; c'est avec cette signification qu'on employait l'expression dans les stipulations et les formules d'actions, tandis qu'ailleurs on donnait à cette expression la même signification large que celle que nous venons d'attribuer à l'expression allemande *Geben* (donner) (*e*).

(*d*) L. 2 pr. de V. O. (45, 1). « Stipulationum autem quædam in dando, quædam in faciendo consistant. » Il va de soi que la prestation peut aussi présenter une combinaison de ces deux éléments. L. 82 de cond. (35, 1), L. 13 C. de contr. stip. (8, 38). — Le même contraste s'exprime encore ainsi : « Non solum res in stipulationum deduci possunt, sed etiam

facta. » § 7 J. de verb. oblig. (3, 15).

(*e*) Savigny, Système, t. 5. Appendice, xiv, n° v, note i. G o e s c h e n, Grundriss zu Pandekten-Vorlesungen (Abrégé des cours publics sur les Pandectes), § 383. Preuves du sens étroit de *dare* : G a i u s, iv, § 4. L. 75 § 10 de V. O. (45, 1). L. 167 pr. de R. J. (50, 17) : preuves du

Le rapprochement de *dare* et *facere* se présente très-fréquemment dans les vieilles formules d'actions, et à vrai dire aussi bien dans les actions de droit strict (les condictiones), que dans les actions libres, mais seulement toutefois dans les actions civiles, et non dans les actions prétoriennes. On fait encore quelquefois mention d'une troisième expression, *præstare*, si bien que la formule complète est : *dare, facere, præstare*; ce n'est pas à dire que ces trois expressions se rencontrassent l'une à côté de l'autre dans une formule isolée d'action, ce qui n'était pas; mais, dans cette énumération générale, *præstare* fait allusion aux antiques actions naissant des délits, dans les formules desquelles on ne rencontrait pas *dare facere* (*f*). Une fois aussi nous trouvons ces trois expressions rapprochées dans une définition des obligations (*g*); mais ce passage a sans doute été tiré des textes relatifs aux formules d'actions, et

sens large : *L. 3 pr. de usufr.* (7. 1). — De même aussi *facere*, qui est opposé à *dare*, a tantôt un sens plus large, tantôt un sens plus étroit.

(*f*) *Savigny*, *Système*, t. 5. Appendice, xiv, n^{os} xxv-xxix; *Puchta*, *Vorlesungen* (Cours publics), § 219.

(*g*) *L. 3 pr. de O. et A.* (44, 7). « *Obligationum substantia .. in eo*

consistit... ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum. » Cf. *Savigny*, loc. cit., p. 602 (p. 585, trad.). — C'est à tort que certains auteurs rapportent le *præstandum* aux prestations mélangées de *dare* et de *facere* (note d); ce mot n'exprime nullement une catégorie spéciale, opposée aux deux autres.

il faut se garder de croire qu'en fait on exprîmât par là trois classes distinctes de prestations.

Il faut aussi se mettre en garde contre l'opinion, assez répandue, d'après laquelle les expressions *dare* et *facere* exprimeraient une opposition tranchée et nettement déterminée, en sorte qu'à chacune de ces deux idées correspondraient des règles de droit particulières, et distinctes les unes des autres. Cela est inconciliable avec l'élasticité que nous venons de trouver dans ces deux expressions. Ce qui s'oppose encore à cette opinion, c'est la circonstance que dans les formules d'actions romaines on rencontre sans doute simplement *dare oportet*, quand il s'agit déterminément de la propriété romaine et des servitudes, tandis que jamais on ne trouve *facere* employé seul, mais toujours *dare facere oportet*; dans tous les autres cas, l'obligation de *dare* se combine avec celle de *facere*, et il n'est alors ni possible ni nécessaire de les distinguer.

Et même, en faisant abstraction de l'élasticité déjà mentionnée des deux expressions, et en prenant *dare* dans son sens le plus strict, l'expression opposée *facere* devient si compréhensive et embrasse tant de cas si dissemblables, qu'il est impossible de rattacher à cette idée vague et pure-

ment négative une règle juridique de quelque importance (h).

2. Une deuxième différence dans la nature des prestations consiste en ce qu'elles sont ou instantanées ou continues.

Par prestations instantanées, il faut entendre ici celles qui n'ont qu'une existence d'un moment, et celles qu'on peut regarder comme ne tenant aucune place dans la durée, en ce sens que le temps si restreint, nécessaire d'ailleurs pour leur accomplissement, n'est pas pris en considération, et paraît chose insignifiante. A ces actes, d'une importance et d'une fréquence toutes spéciales dans la pratique des affaires, appartiennent la tradition de l'argent (paiement) et d'autres encore.

Le caractère propre à cette classe de prestations consiste en ce que leur accomplissement coïncide toujours avec l'extinction ou l'anéantissement de l'obligation.

(h) *Facere* indique toute activité, qu'on peut considérer comme une prestation, et à laquelle se rattache entre autres aussi le *dare*, c'est-à-dire le transport immédiat de la propriété ou d'une servitude *ex jure Quiritium*, L. 218 de V. S. (50, 16, Papin.). « Verbum *facere* omnem omnino faciendi causam complectitur, *dandi*, *solvendi*, *numrandi*, *judicandi*, *ambulandi* » (ainsi donc activité juridique et

non juridique). Si dans beaucoup de cas, et spécialement dans les formules d'actions, les expressions *dare facere* sont rapprochées comme différentes et opposées, le sens est évidemment celui-ci : « *dare*, ou quelque autre espèce d'activité. » Dans ce *facere* tout négatif il est donc impossible de découvrir une idée juridique déterminée, susceptible de servir de base à une règle de droit.

Les prestations continues prennent toujours dans la durée une période complète, en sorte qu'il est de leur essence de remplir l'espace de temps qu'elle renferme.

Cette période, qui forme leur caractère distinctif, peut d'ailleurs être limitée ou illimitée. Elle peut être limitée par une certaine mesure déterminée d'avance (mois, année, etc.), ou par un événement accidentel et arbitraire (notification, par exemple). Dans le premier cas, la durée et l'extinction de la prestation sont certaines, dans le second incertaines.

Si le laps de temps est illimité, l'obligation est alors perpétuelle, ou d'une durée indéfinie. Dans cette classe rentrent souvent les obligations négatives, exposées plus haut, qui cependant peuvent le plus souvent trouver, dans la nature des rapports juridiques eux-mêmes, une fin très-peu éloignée. On peut aussi ranger dans cette classe les charges réelles et les *Bannrechte* consacrés par le droit allemand (§ 15).

§ 29.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DIVISIBLES
ET INDIVISIBLES.

TEXTES LES PLUS IMPORTANTS DES SOURCES DU DROIT.

L. 2, 3, 4, 72, 85 de V. O. (45, 1).

AUTEURS.

Sc. Gentilis, de dividuis et individuis obligationibus, *Opp.*, t. 1, p. 89-174.

Rubo, *Erklaerung (Explication) des L. 2, 3, 4, 85 de V. O.* Berlin, 1822, 8.

Ribbentrop (1831), § 21-24.

Scheurl, *Comm. ad L. 2, 3, 4, 72, de V. O.* Erlangæ, 1835.

Vangerow, p. 7-17 et § 340, note 2, b.

3. Une troisième différence dans la nature des prestations consiste en ce qu'elles sont ou divisibles ou indivisibles, désignation qu'on a l'habitude d'appliquer aussi à l'obligation elle-même. Avant d'aborder cette division, il est nécessaire de poser les principes propres à nous servir de guide.

Le rapport du tout à sa partie s'offre à nous dans les relations juridiques les plus diverses, et il

y revêt les formes les plus multiples. La confusion de ces relations, de même que la terminologie souvent incertaine qui y a été appliquée, ont occasionné chez nos auteurs des erreurs de diverse nature.

Sans doute nous ne devons présenter dans cet endroit que l'application de ce rapport aux obligations. Mais cette application ne peut être clairement exposée qu'en mettant en lumière le rapport dans son ensemble.

Prenons une certaine unité comme base de notre étude; nous pouvons la considérer d'abord comme un tout, et descendre de là à l'analyse de ses parties: mais nous pouvons aussi prendre cette même unité comme une partie, et la rattacher, en remontant, à d'autres unités, pour en former un tout nouveau et plus étendu.

Ce sont ces deux transformations que nous pouvons appliquer tantôt aux choses, tantôt aux droits.

En disant que les choses peuvent se décomposer en parties ou se réunir à un tout plus étendu, nous envisageons la chose que nous prenons pour base et pour unité comme une partie de la nature, qui nous est soumise, et qui, limitée

dans l'espace, peut être, comme telle, objet de la propriété, pourvu qu'une règle spéciale de droit n'interdise pas la possibilité de se l'approprier (a).

Si nous recherchons ce qui constitue pour une chose la possibilité d'être divisée, la divisibilité, il nous faut tout d'abord reconnaître que dans le sens naturel du mot toutes les choses sont susceptibles de se décomposer en parties, et sont par suite divisibles. Si donc nous séparons les choses en divisibles et indivisibles, ce n'est qu'eu égard aux rapports de droit qui ont une chose pour objet; eu égard aussi au mode de délimitation, qui donne à une chose isolée le caractère d'une unité particulière, distincte des autres choses. Il faut avant tout distinguer ici les choses immobilières (immeubles) et les choses mobilières.

Les immeubles, en tant que parties constitutives de la surface de la terre entière et continue, ne peuvent être limités comme unités spéciales que par la volonté de l'homme, et cette limitation est fixée soit par les relations juridiques entre les hommes, soit par l'usage et le mode d'exploitation. Que nous caractérisions une partie du sol en le nommant un champ, une prairie, une terre, cela

(a) Savigny, *Système*, t. 1, p. 338 (p. 332, trad.).

repose purement et simplement sur une limitation résultant d'une volonté arbitraire. Mais il est de l'essence de cette volonté d'être inconstante et variable, d'où la conséquence toute naturelle qu'il est possible, dans le cercle des limites déjà fixées, de créer de nouvelles limites plus étroites : c'est sur cette faculté qu'est fondée la divisibilité illimitée du sol. Mais les divisions engendrées par ce procédé sont identiques à elles-mêmes et au tout originaire (b).

Seulement le sol sur lequel repose une construction n'est pas divisible. Sans doute, d'après l'idée de droit, la construction n'est qu'une partie du sol, si bien que toujours elle appartient et doit appartenir au même propriétaire que le sol. Mais le sol ainsi bâti forme désormais un tout indépendant (un tout artificiel), dont la décomposition détruirait l'idée de ce tout (c).

(b) Sans doute les parties isolées peuvent différer en bonté et en valeur ; mais ce n'est pas là ce qui empêche leur identité comme immeubles.

(c) La démolition d'un bâtiment crée des matériaux de construction, par conséquent des choses mobilières, qui ne sont pas identiques avec elles-mêmes et avec le tout. La division d'une maison en plusieurs maisons n'est possible que très-accidentellement, et par suite d'un changement essentiel, donc par un procédé d'une toute autre nature que le

simple établissement de nouvelles limites dans les champs ou les prairies. Cf. sur ce cas L. 6 § 1 *comm. præd.* (8, 4). — La distinction capitale entre les constructions et les autres immeubles consiste, en ce que dans ces derniers le caractère prédominant est la possibilité de mesurer la surface du sol (sur lequel on peut aussi trouver des constructions isolées) ; dans les constructions considérées comme indépendantes au contraire, c'est la forme particulière donnée au sol par l'art.

Il en est autrement des choses mobilières, en ce sens qu'au point de vue de leur limitation dans l'espace, elles apparaissent comme unités, abstraction faite de la volonté variable de l'homme. Chaque unité constitue un tout indépendant (d), tantôt un tout naturel (comme les animaux vivants), tantôt un tout artificiel (comme les effets mobiliers ou les ouvrages d'art).

Ces unités sont sans doute toujours divisibles en elles-mêmes, mais sous le rapport juridique nous les appelons indivisibles et les traitons comme telles dans deux cas distincts (e) : d'abord, quand la division détruit l'idée du tout, en ce sens que les parties ne sont plus identiques avec elles-mêmes et avec le tout, comme chez les animaux vivants, les effets mobiliers, les ouvrages d'art : — en second lieu, quand la division laisse bien subsister des parties identiques, mais avec une diminution de valeur ou d'utilité dans le tout. A ce second cas appartiennent les pierres précieuses, les mi-

(d) L. 23 § 5 de rei vind. (6, 1).

(e) Ces deux cas sont très-nettement séparés dans la L. 26 § 2 de leg. 1^{re} (30, un.) « sin autem vel naturaliter indivisa sint vel sine damno divisio earum fieri non potest, æstimatio... præstanda est. » Au premier cas se rapporte la L. 35 § 3 de rei vind. (6, 1) « quæ sine interitu dividi non possunt. » Le cas de la diminution de valeur par suite de la di-

vision n'a été mentionné dans le corps de l'ouvrage qu'à propos des objets où ce résultat dérive généralement de la nature même des choses ; mais il peut également résulter des caractères spéciaux d'une chose isolée. Citons notamment le cas d'une terre, dont le morcellement amène souvent une diminution dans sa valeur totale.

roirs, les glaces, les lambris (dont la division poussée à l'extrême laisse encore subsister la valeur insignifiante du combustible), et ainsi de suite. — Il nous reste après cela comme choses mobilières complètement divisibles, celles seulement dont la division ne détruit pas l'idée du tout, et ne diminue pas la valeur totale. Ce caractère appartient aux masses de métal brut, aux tissus non encore convertis en vêtements, etc.

De ces considérations il résulte que le mode de division des choses immobilières et des choses mobilières est d'une nature essentiellement distincte. Pour les premières il s'opère par un simple changement des limites, qui n'exerce sur la chose même aucune influence apparente. Pour les secondes, il s'effectue au moyen d'une destruction matérielle de la cohésion jusque-là existante, ce qui modifie l'état apparent de la chose.

En ce qui concerne maintenant la réunion de choses isolées, pour former un tout nouveau, apparaît encore une différence entre les choses immobilières et mobilières. — Pour les immeubles la réunion de plusieurs champs ou prairies, comme celle d'un bien-fonds tout entier, s'opère par le même procédé que celui que nous avons signalé plus haut pour la division, à savoir, par le simple établissement de limites nouvelles. Pour les cho-

ses mobilières le tout nouveau, artificiel (*l'universitas*) ne consiste que dans la désignation et l'usage communs, sans aucune transformation apparente des choses isolées contenues dans ce tout. Ainsi en est-il d'une bibliothèque, d'un troupeau de bétail, du mobilier garnissant un domaine, et ainsi de suite.

Les deux espèces de transformation (division et réunion) se rencontrent surtout fréquemment à propos des quantités. La nature propre de ces dernières consiste en ce qu'elles ne sont déterminées que par le nombre, la mesure ou le poids ; car chez elles l'unité originaire n'a pas de valeur propre, ni de caractère individuel (*f*). L'unité originaire est ici la pièce de monnaie isolée, thaler (tout artificiel), le grain de froment isolé (tout naturel), tous deux indivisibles : car leur décomposition produit des parties hétérogènes. Mais ces unités sont réunies en très-grandes masses, qui sont souvent alors individualisées (*g*), et dont la division par le comptage, le mesurage ou le pesage s'effectue aussi arbitrairement, aussi facilement et aussi sûrement que celle des immeubles. — Pour les corps liquides il n'y a même pas d'unité

(*f*) Savigny, *Système*, t. 6, § 268.

(*g*) Ainsi, par exemple, quand des rouleaux ou des sacs de 50,

100, 500 thalers sont indiqués par un cachet et une étiquette : de même aussi des sacs de froment.

originaires ; cette unité n'est créée qu'artificiellement, en les renfermant dans des corps solides.

§ 30.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES (suite.)

Il faut maintenant examiner la division et la réunion des Droits. Ces transformations ont une signification quelque peu différente de celles des choses.

Il n'en peut pas être question dans toutes les classes de droits, ainsi dans celles qui appartiennent au droit de la famille (a). Ces transformations se restreignent donc au droit des biens, dans lequel elles s'appliquent à peu d'exceptions près ; toutefois avec une signification quelque peu différente dans le droit des choses et dans le droit des obligations. Dans le droit des choses la propriété constitue, dans notre matière comme partout ailleurs, le principe auquel se rattachent plus ou moins les autres institutions.

(a) Sans doute dans la même tutelle il peut y avoir plusieurs tuteurs, mais leur position n'est pas comparable à celle de copro-

priétaires ; elle l'est plutôt à celle de membres d'une autorité publique ; car eux aussi remplissent une fonction.

I. Propriété.

Il faut ici prendre pour point de départ l'idée d'indivision, c'est-à-dire d'une propriété, qui appartient simultanément à plusieurs personnes sur une seule et même chose. Nous qualifions un tel rapport de copropriété, en latin *communio* (b).

Une telle copropriété peut naître de différentes manières; tantôt par suite de l'acquisition originaire d'une chose, quand plusieurs personnes l'obtiennent en commun par tradition ou succession; tantôt parce que le propriétaire unique d'une chose s'adjoint des tiers comme copropriétaires.

Les droits des copropriétaires les uns à l'égard des autres doivent être déterminés dans la théorie de la propriété. Il résulte d'abord de l'idée de propriété, en tant que pouvoir exclusif et illimité sur une chose, qu'elle ne peut en quelque sorte être attribuée tout entière (*in solidum*) à chacun des copropriétaires (c). Il faut remarquer en outre que les droits de copropriétaires, pris séparément, doivent nécessairement être de même nature (qualité) (d), alors qu'ils peuvent être d'étendue (quantité)

(b) Des auteurs modernes emploient heureusement les expressions non romaines *condominus* et *condominium*.

(c) L. à § 15 *commod.* (13, 6).
« Et ait, duorum quidem *in solidum* dominium vel possessionem

esse non posse... » L. 5 *de stip. serv.* (45, 3), voir plus bas, note e. Cf. Savigny, *Système*, t. 1, § 56.

(d) A partir du moyen âge, on a souvent soutenu que la propriété de la même chose pou-

soit égale, soit inégale. Les droits de copropriétaires pris isolément sont donc considérés comme des parties de propriété sur la chose, parties idéales ou intellectuelles (*e*), parties numériques ou quotes parts; leur étendue est toujours exprimée par un rapport de nombres, à savoir, une fraction de la propriété entière sur cette chose.

La copropriété ici exposée est possible sur des choses de toute espèce, sur des choses immobilières et mobilières, divisibles et indivisibles. Elle est pareillement applicable à l'antique propriété *ex jure Quiritium*, et à l'*in bonis*, de même aussi à la fiction de la propriété, calquée sur la véritable propriété, la *bonæ fidei possessio* (*f*). Aussi la propriété doit-elle être regardée comme un droit divisible sans restriction.

L'indivision dans la propriété peut disparaître de différentes manières. Cette disparition résulte notamment de ce qu'un copropriétaire acquiert les parts des autres par un acte de leur libre volonté

vait, même avec des droits non identiques, appartenir en même temps à plusieurs. On appelait cela un *dominium divisum* et ses parties non identiques *dominium directum* et *utile*; ces idées étaient de préférence appliquées à l'emphytéose, à la superficie et au fief. Cette notion et cette terminologie sont étrangères au droit romain, qui ne connaît que la propriété et les jura

in re; c'est à cette dernière classe de droits qu'appartiennent aussi l'emphytéose et la superficie.

(*e*) Cette expression se rencontre dans la *L. 5 de stip. serv.* (45, 3). « *Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore.* »

(*f*) *L. 12 § 6. L. 7 § 8, 9 de public.* (6, 2).

ou par succession, ou de ce que tous aliènent leurs parts au profit d'un tiers ; dans les deux cas les parties séparées jusqu'alors se réunissent de nouveau dans une seule main. Mais ce résultat peut aussi se produire d'une tout autre manière à la suite d'une division effective, c'est-à-dire par le morcellement de la chose qui forme l'objet de la propriété en parties réelles (§ 29), qu'on échange alors les unes contre les autres : cette opération fait également cesser l'indivision qui avait existé jusque-là. Cette division effective n'est, d'après sa nature, possible que dans les cas où l'objet de la propriété est une chose divisible (§ 29). Elle est le plus souvent mentionnée, et le plus facilement praticable à propos des fonds de terre (*fundus regionibus divisus*). — Chaque copropriétaire isolé a même, malgré la résistance des autres, un droit absolu à faire cesser l'indivision de manière ou d'autre (g) ; le procédé à employer pour atteindre ce but doit, en l'absence d'un libre accord entre les parties, être déterminé par le juge.

Pour prévenir la confusion des idées, il faut encore appeler spécialement l'attention sur les acceptions différentes dans lesquelles sont prises les

(g) L. 8 pr. comm. div. (10, 3) , L. 5 C. cod. (3, 37).

expressions : partie, division et divisibilité. Le sens de ces expressions dans leur application aux choses a déjà été présenté plus haut (§ 29). Dans l'application qu'on en fait en matière d'indivision de la propriété, partie signifie la quote-part appartenant à un chacun des copropriétaires. Division signifie ici la transformation de la propriété appartenant à un seul en une indivision, qu'elle provienne d'opérations librement consenties, ou qu'elle soit la conséquence d'une règle générale de droit, ainsi une succession. Toute propriété est sans exception divisible en ce sens. La division effective est une manière de faire disparaître la copropriété (*h*) ; c'est un anéantissement des parties auparavant existantes (quotes-parts) dans le sens que nous venons d'expliquer ; cet effet se produit par le morcellement de la chose (à supposer qu'elle soit divisible) en parties réelles, et par l'échange des quotes-parts de propriété qui appartenaient aux copropriétaires sur chacune des parties réelles.

Sur les expressions techniques romaines il faut faire la remarque suivante : *Partes indivisæ* ou *pro indiviso* signifient les quotes-parts dans une

(*h*) L. 1 *pr. fam. hêrc.* (10, 2), « a communione discedere. » L. 1 *comm. div.* (10, 3) « ad communium rerum divisionem. »

indivision existante (*communio pro indiviso*, *res communis pro indiviso*) (note *e*). *Partes pro diviso* ou *divisæ* (souvent avec l'addition de *regionibus*) signifient les parties réelles, dont la séparation sert à faire disparaître l'indivision, et, par suite, les *partes indivisæ* (note *h*).

A la rigueur il ne devrait donc être question que de *communio* et de *res communis pro indiviso*; cependant cette terminologie n'est pas très-rigoureusement observée; car parfois on dit aussi une *res communis pro diviso*, en pensant à la copropriété qui existait avant la division (*i*). Cette terminologie mal assise a peu d'importance en elle-même, pourvu qu'à côté on établisse solidement cette distinction essentielle, que la véritable *communio* consiste dans une relation juridique persistante et sérieuse de plusieurs individus les uns à l'égard des autres, tandis que dans la *communio* ainsi nommée improprement, il n'y a d'autre relation juridique que celle qui existe entre tous les voisins par les limites de leurs champs. — Cet état, auquel on applique la fausse désignation que nous venons d'indiquer, n'est du reste

(i) L. 5 § 16 de reb. eor. (27, 9).
« Communia prædia... si pro diviso communia sint. » L. 43 pr. de adq. poss. (41, 2). L. 29 de

adqu. rer. dom. (41, 1). Dans ce dernier texte, l'expression se rapporte à l'unité naturelle des fonds compris dans une île.

possible que par rapport aux fonds de terre, dont la délimitation arbitraire laisse persister l'apparence de l'état originaire. Pour les choses mobilières, on ne peut concevoir que des parties idéales; car la division effective anéantit complètement toute apparence de la cohésion antérieure (k).

L'ancien jurisconsulte Q. Mucius voulait restreindre l'expression *pars* en général à des parties intellectuelles, en ce sens que toute partie qui serait le résultat d'une division effective aurait dû être appelée non plus *pars*, mais *totum*. Servius, au contraire, enseignait la terminologie de *partes divisæ* et *indivisæ*, et c'est celle qui a été évidemment adoptée par les écrivains postérieurs (l).

Ce que nous disons ici relativement aux immeubles, de l'application facile et variée des parties intellectuelles et de la division effective, peut être étendu aux quantités, et même dans une mesure plus large encore. Pour ces dernières, il est tout à fait indifférent de rapporter les parties intellectuelles aux pièces de monnaie et aux grains de blé

(k) L. 5 § 15 *commod.* (13, 6).
L. 23 § 5 *de rei vind.* (6, 1). De même que pour les choses mobilières, de même pour une construction, on ne peut concevoir de

propriété appartenant à plusieurs que par parties idéales. Cf. plus haut, § 29, c.

(l) L. 25 § 1 *de V. S.* (50, 16).

pris isolément, ou à leur masse considérée comme un tout (*m*).

II. Possession.

Le caractère essentiel de la possession consiste dans l'exercice de la propriété; il faut donc, dans la théorie juridique de la partie, appliquer à la possession tout ce que nous venons d'établir en ce qui touche la propriété (*n*).

Une *communio pro indiviso* (pro partibus indivisis) est possible dans les choses de toute espèce, immobilières et mobilières, divisibles et indivisibles.

Au contraire, une possession de plusieurs personnes *pro partibus divisis* n'est possible que sur les immeubles, et non sur les choses mobilières (*o*), et sur les immeubles encore, en en exceptant les constructions (note *k*).

Tous les principes ici posés sont indistinctement applicables à la possession juridique et à la possession simplement naturelle, spécialement donc à celle du locataire, du fermier et de l'usufruitier.

III. Emphytéose. Il faut lui appliquer absolument les mêmes principes qu'à la propriété d'un fonds de terre, de même que

(*m*) L. 94 § 1 de solut. (46, 3),
L. 29 eod.

(*n*) Savigny, Recht des Be-

sitzes (Droit de la possession)
§ 22.

(*o*) L. 8 de rei vind. (6, 1).

IV. A la superficie, ceux de la propriété d'un bâtiment.

V. Usufruit.

Il faut lui appliquer tout ce qui a été établi plus haut par rapport à la propriété, et en particulier la divisibilité illimitée en parts intellectuelles pour les choses de toute espèce (p). La raison en est que l'élément dominant de l'usufruit et son caractère propre consistent dans le droit à la propriété des fruits de la chose.

VI. Servitudes prédiales.

Elles sont totalement indivisibles, en sorte qu'on ne peut y rencontrer ni des parts intellectuelles ni des divisions effectives.

Ce principe important est mentionné de préférence et très-fréquemment à propos des servitudes de passage, mais il est également vrai pour les conduites d'eau et les autres servitudes prédiales (q).

Le sujet propre de ces servitudes n'est pas une personne, mais un immeuble, c'est-à-dire le pro-

(p) L. 5 de usufr. (7, 1). L. 19 de usu (7, 8), L. 13 § 1 de accept. (46, 4).

(q) L. 2 § 1, L. 72 pr. de V. O. (45, 1). — Dans quel sens particulier peut-on cependant concevoir une division dans la conduite d'eau? C'est un point qui ne peut être éclairci que dans la théorie des servitudes. L. 25 de S. P. R.

(8, 3), L. 5 pr. de aqua quot. (43, 20), L. 19 § 4 comm. div. (10, 3), L. 31 § 7 de neg. gest. (3, 5). — Dans l'application du principe aux servitudes de passage, tout le rapport juridique se manifeste de la manière la plus simple et la plus pure, et c'est ce qui explique la mention si fréquente qu'on en fait.

priétaire quelconque de cet immeuble en cette qualité. Quand il y a plusieurs copropriétaires du même immeuble (pour des parts intellectuelles), on pourrait être tenté d'attribuer à chacun d'eux une part semblable dans la servitude. Il n'en est rien : chacun a la servitude entière et sans partage. Car, comme il est impossible d'aller et de passer sur un chemin pour partie (par exemple, pour moitié), il faut que chaque copropriétaire puisse exercer la servitude en entier, absolument comme s'il était propriétaire unique.

VII. Usage.

Cette servitude a pour caractère de se restreindre rigoureusement à une personne isolée; c'est ce qui la distingue de l'usufruit. Aussi est-elle, comme les servitudes prédiales, indivisible, et ce principe est consacré dans nos sources de droit (r), sans qu'on fasse toutefois mention des conséquences spéciales et des applications qui peuvent en découler, notamment par rapport aux obligations.

VIII. Obligations.

Toutes les considérations exposées jusqu'à présent étaient exclusivement destinées à préparer l'étude des obligations, et nous allons examiner

(r) *L. 19 de usu* (7, 8).

en détail l'application qu'il faut leur faire du principe de divisibilité.

Comme pour les choses, il peut se présenter aussi pour les droits une réunion artificielle de certains d'entre eux en un tout nouveau et collectif. Une telle réunion se rencontre dans le pécule, la dot, l'hérédité.

Sur un tout de cette nature une indivision formée de parts intellectuelles est encore possible, et notamment elle constitue à propos de l'hérédité un rapport juridique d'une fréquence et d'une importance spéciales. La division indique ici, comme en matière de propriété, la cessation de la copropriété (note *h*), cessation qui peut également être le résultat d'opérations très-multiples : notamment, ce peut être la division effective des pièces de terre isolées, appartenant à l'hérédité, ou l'échange des parties isolées de l'hérédité, ou la vente, etc. Seulement cette indivision ne s'applique pas, en thèse générale, à une classe importante d'objets dépendant du patrimoine, aux créances et aux dettes. Il va en être question avec des détails plus étendus.

§ 31.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DIVISIBLES
ET INDIVISIBLES (suite).

Le rapport du tout à ses parties va donc être appliqué aux obligations, et toute l'étude à laquelle nous venons de nous livrer n'avait pour but que d'ouvrir la voie à cette application. Qu'appelle-t-on partie, division et divisibilité dans la théorie des obligations ?

Il faut d'abord faire observer que ces idées ont toujours trait à la prestation contenue dans l'obligation, c'est-à-dire à ce que l'obligation doit procurer, par voie de contrainte (§ 2).

Les parties comprises dans l'objet d'une obligation ressemblent aux parties comprises dans la propriété (§ 30), en ce sens qu'elles aussi sont limitées et indiquées par des quotes-parts ou des rapports numériques. Mais elles en diffèrent en ce qu'il est de l'essence des parties de la propriété de rester dans l'indivision d'une manière continue, tandis que les parties comprises dans l'objet d'une obligation constituent autant de relations juridiques complètement distinctes et indépendantes les unes des autres; on ne les envisage

comme parties que parce que la somme des prestations partielles est égale à la prestation totale, qu'on considère comme l'objet de l'obligation tout entière.

L'expression *division* a été, à propos de la propriété, appliquée à deux transformations, opposées l'une à l'autre dans une certaine mesure : tantôt à la création d'une copropriété, opération qui engendre des parties intellectuelles ; tantôt à l'anéantissement de la copropriété, qui s'opère par le morcellement de la chose en parties réelles (§ 30). — Appliqué aux obligations, le mot *division* indique le morcellement d'une obligation en plusieurs obligations isolées, indépendantes les unes des autres, et cette transformation résulte, comme pour la propriété, tantôt d'actes libres, tantôt de l'unique influence des règles générales du droit, cas dans lequel il n'y a ni nécessité ni possibilité d'employer une opération juridique pour atteindre le but de la division (a). •

Je vais tout d'abord donner un aperçu général des cas dans lesquels il peut être question de la division d'une obligation, et faire observer sur chacun de ces cas la signification spéciale de la division.

(a) Cf. Scheurl, p. 75, 78.

1. Quand un seul créancier est en face d'un seul débiteur, la division peut s'appliquer en deux sens différents.

- Le créancier peut diviser l'obligation, en exigeant non pas toute la prestation, mais une partie seulement et en renouvelant ainsi ses demandes jusqu'à ce que la prestation totale soit accomplie. Une poursuite ainsi divisée peut sans doute être incommode pour le débiteur, mais il n'y a là aucune injustice, car le débiteur est toujours libre d'exécuter volontairement l'obligation dans son entier, et d'en amener par là l'extinction.

A l'inverse, le débiteur peut diviser l'obligation par une exécution partielle, qui éteint complètement une partie de cette obligation en laissant subsister absolument une autre partie. — Ce procédé, suivi de l'effet que nous venons d'indiquer, est possible du consentement des deux parties; cela ne peut être mis en doute; mais le débiteur peut-il aussi par sa seule volonté s'acquitter de cette manière? C'est un point qui a été contesté par certains auteurs; car ce paiement pourrait être incommode et préjudiciable au créancier. Cependant on doit accorder cette faculté au débiteur (b), et on

(b) L. 21 de reb. cred. (12, 1).
Toute cette question n'est ici effleurée qu'incidemment : il faut

chercher sa place véritable dans la théorie de l'extinction des obligations.

peut la justifier par deux motifs : d'abord parce que le créancier peut de son côté réclamer à chaque instant toute la dette ; puis parce que le préjudice le plus grave qui pourrait l'atteindre a été écarté par des règles spéciales. Car les intérêts doivent continuer à courir pour la totalité du capital, sans éprouver de diminution par suite du paiement antérieur (c), de même que l'hypothèque tout entière doit rester attachée à la dette tant qu'il reste une partie de la dette à éteindre (d).

II. Si au moment de la naissance de l'obligation plusieurs créanciers se trouvent en présence d'un seul débiteur, ou plusieurs débiteurs en présence d'un seul créancier, la créance ou la dette se divise *ipso jure* entre eux, et en général (à moins de disposition contraire) par parties égales. Ici donc la division de l'obligation existe dès sa création, et, à vrai dire, comme conséquence d'une règle de droit générale, de sorte qu'il n'y a pas besoin, pour parvenir à ce but, d'une manifestation de volonté expresse.

C'est là la règle de droit importante déjà énoncée plus haut au début de la théorie des obligations corréales (§ 16, b), et à laquelle se réfèrent les obligations corréales elles-mêmes, comme

(c) L. 41 § 1 de usur. (22, 1).

(d) L. 19 de pign. (20, 1), L. 65 de evict. (21, 2).

exceptions fondées sur la volonté des contractants.

Cette division des obligations, se produisant à leur origine même, peut notamment être engendrée par les faits suivants :

Par les stipulations ;

Par les contrats consensuels (spécialement la vente , le louage de maisons ou de biens ruraux) ;

Par testament , quand un legs est imposé à plusieurs héritiers, ou quand une somme est léguée à plusieurs légataires ;

Par la stipulation d'un esclave, qui était sous la puissance commune de plusieurs maîtres.

Les trois premiers cas sont applicables et aux rapports actifs et aux rapports passifs ; le dernier cas ne pouvait convenir qu'aux rapports actifs ; car l'esclave ne pouvait acquérir à ses maîtres que des créances, sans pouvoir les grever de dettes.

III. Cas où un créancier ou un débiteur est mort laissant à sa place plusieurs héritiers.

Ici les créances et les dettes se divisent *ipso jure* en vertu de la loi des Douze Tables ; entre les héritiers en proportion de leurs parts héréditaires, et il n'y a besoin à cet effet d'aucun acte juridique, soit des héritiers, soit du juge (e).

(e) L. 1 C. si unus ex plur. (8. 32), L. 6 C. fam. herc. (3, 36), L.

L'acquisition d'une hérédité par plusieurs personnes a donc cet effet, quant aux droits de propriété qu'elle comprend, de faire naître une communauté de parties intellectuelles; quant aux créances et aux dettes qu'elle renferme, de les diviser entre tous les héritiers en parties indépendantes les unes des autres. Ces deux effets se produisent *ipso jure*, sans la participation des héritiers. Dans les deux cas l'étendue des parties se règle d'après les quotes qui appartiennent à chaque héritier dans la succession.

La division des obligations telle que nous venons de l'établir suppose leur divisibilité. Nous sommes par là amenés à examiner la question de savoir si les obligations sont divisibles ou non.

Parmi les obligations, les plus nombreuses et les plus importantes à beaucoup près sont effectivement divisibles, et on peut par conséquent, sans aucune difficulté, leur appliquer purement et simplement les règles précédemment posées. Mais

25 § 9 *fam. herc.* (10, 2). Ces textes indiquent les Douze Tables Comme la source de la règle. — La règle elle-même, sans cette

mention, se trouve dans les L. 2 C. si unus (8, 32), L. 2 § 5, L. 4 pr., L. 25 § 1 *fam. herc.*, (10, 2).

à côté de ces obligations, il s'en trouve, à titre d'exceptions, un certain nombre qui sont indivisibles.

Le problème consiste donc à bien fixer d'abord le nombre de ces exceptions, puis à énoncer les principes qui doivent les régir, et remplacer la règle qui leur est inapplicable.

Déjà au début de ce § nous avons fait remarquer que dans cette théorie la partie et la division se rapportaient à la prestation, qui forme l'objet de l'obligation, et que l'obligation tend directement à faire obtenir. Bien différentes sont les prestations qui ont pour objet l'accomplissement d'une condition, et pour effet soit d'amener, soit d'empêcher la naissance d'une obligation (*quæ in conditione sunt, non in obligatione*). Dans ces prestations, sans doute, on pourrait aussi le plus souvent concevoir une division; mais, d'après la nature de la condition, il faut toujours considérer la division comme inadmissible quand il s'agit de l'influence qu'exercera l'accomplissement de cette condition. Car la condition ne peut être tenue pour accomplie que lorsque son accomplissement est entier; si l'exécution n'en est qu'imparfaite, c'est

comme si elle avait fait complètement défaut (f). — La confusion de ces prestations, qui forment l'objet d'une condition avec les prestations objet de l'obligation dont nous nous occupons en ce moment, a été la cause de fréquentes erreurs dans la théorie que nous examinons. Il ne sera donc pas inutile d'étudier ce point encore plus attentivement. La prestation, dont l'inexécution a pour conséquence l'application d'une peine, peut présenter de très-grandes variétés, et sa nature (divisible ou indivisible) n'est d'aucune influence sur l'effet que nous venons de lui attribuer. Ainsi elle peut consister dans le paiement d'une somme (g), ou dans la dation d'un immeuble (h); même dans l'accomplissement d'un *opus* (i).

De même il est indifférent, quant au résultat, de savoir si cette prestation n'a été indiquée que

(f) Un exemple va mettre en évidence la distinction. Quand une obligation a pour objet le paiement de cent, elle est divisible, et se divise entre deux héritiers du débiteur en deux obligations, chacune de cinquante. Quand au contraire quelqu'un promet deux cents, à titre de peine, pour le cas où il ne paierait pas cent avant la fin de l'année, et qu'il meurt peu après laissant deux héritiers, le paiement de cinquante par l'un des héritiers n'a aucune influence pour faire écarter ou diminuer la peine; c'est comme s'il n'a-

vait absolument rien payé; la condition est restée inaccomplie.

(g) L. 25 § 13 *fam. herc.* (10, 2), L. 5 § 3 de *V. O.* (45, 1).

(h) L. 44 § 5 de *O. et A.* (44, 7). « Si ita stipulatus sim, si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus. » L. 85 § 6 de *V. O.* (45, 1). « Item si ita stipulatio facta sit, si fundus Titianus datus non erit, centum dari, nisi totus detur, pœna committitur centum; nec prodest partes fundi tradere, cessante uno. »

(i) L. 44 § 6 de *O. et A.* (44, 7).

comme une condition (auquel cas sa nature n'est pas douteuse) (*k*), ou si, bien que paraissant être au premier abord l'objet d'une obligation, elle n'est en réalité que la condition d'une peine. Car cette dernière disposition même, quoique conçue en termes équivoques, doit encore être interprétée comme la première, en sorte qu'il faut considérer cette prestation non pas du tout comme l'objet d'une obligation, mais seulement comme condition d'une peine (*l*).

Pour écarter toute méprise, ajoutons encore que la peine conventionnelle peut aussi recevoir de la volonté des parties une tout autre signification. Elle peut être stipulée, indépendamment de l'obligation elle-même, et dans un double but : tantôt pour permettre de réclamer en justice non-seulement l'obligation, mais encore la peine (*m*); tantôt simplement pour donner au créancier le choix entre l'une ou l'autre; ce second cas est beaucoup plus fréquent que le premier (*n*). La décision du point de savoir si les parties ont voulu attacher à

(*k*) Ainsi en est-il dans les cas cités à la note *h*.

(*l*) *L. 44 § 6 de O. et A. (44, 7), « Sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum : videndum, utrum duæ stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem : an vero transfe-*

rat in se, et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est. »

(*m*) *L. 115 § 2 de V. O. (45, 1), L. 16 de transact. (2, 15).*

(*n*) *L. 10 § 1 de pactis (2, 14), L. 41, 42 pro socio (17, 2), L. 28 de act. emti (19, 1), L. 12 § 2 de pact. dot. (23, 4).*

la peine un de ces effets particuliers, et lequel elles ont voulu y attacher, peut résulter tant d'une explication formelle que de l'ensemble des circonstances. Notre question ne touche pas à cette nouvelle signification qu'on peut donner à la peine ; si elle a été mentionnée ici, c'est pour éviter qu'on s'imaginât qu'elle n'existait pas, à cause du silence que j'aurais gardé sur elle ; il faut réserver l'étude plus approfondie qu'on doit en faire pour la théorie spéciale de la peine conventionnelle.

Il reste encore à mentionner le principe important, assez singulier au premier abord, d'après lequel, au cas d'une peine conventionnelle, la prestation même, que les parties avaient en vue, est toujours indivisible, en tant qu'elle est une condition qui doit empêcher la peine d'être encourue (c'est ce que nous venons d'indiquer), tandis qu'à l'inverse précisément la peine, comme objet propre de l'obligation, est toujours divisible, parce qu'elle appartient aux dettes d'argent, qui ont toutes ce caractère (o).

(o) L. 4 § 1 de V. O. (45, 1).
« ...ab omnibus heredibus pœnam
committi pro portione hereditaria, » L. 85 § 5 eod. « sed unicuique pro parte hereditaria præs-

tatio injungitur. » (Il est ici question de la *dupla* pour le cas d'éviction, c'est-à-dire d'une *pœna*).
Cf. plus bas, § 34, p.

§ 32.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DIVISIBLES
ET INDIVISIBLES (suite).

Il s'agit maintenant d'examiner la série d'exceptions déjà annoncées (§ 31), dans lesquelles les obligations doivent être regardées comme indivisibles. Je suivrai en grande partie la marche des idées dont la base est dans les textes principaux du droit romain sur cette matière, cités plus haut (§ 29).

I. Obligations qui portent sur une dation (*dandi obligationes*). Elles sont presque toutes divisibles, et l'unique et décisive exception, qui est mentionnée à ce propos et qui est développée avec beaucoup de force, a trait à la constitution des servitudes prédiales, c'est-à-dire à cette classe de droits qui sont en eux-mêmes indivisibles, au point qu'on ne peut même les concevoir divisés en parties intellectuelles (§ 30).

L'obligation, qui porte sur la création d'une servitude prédiale, est donc regardée comme indivisible (a), d'où il résulte encore que cette obliga-

(a) L. 2 § 1 L. 72 pr. de V. O. (45, 1).

tion ne peut ni être créée ni être éteinte par acceptilation pour partie (b), et que l'un d'entre plusieurs copropriétaires d'un immeuble ne peut ni stipuler ni acquérir utilement cette obligation (c); car il ne peut représenter que pour partie l'immeuble auquel cette obligation devrait précisément appartenir comme un droit.

C'est à tort que certains auteurs ont regardé ces principes comme ne s'appliquant à cette obligation qu'autant qu'elle résulterait d'une stipulation; car elle peut aussi bien prendre naissance dans un contrat de vente (d), et il n'y a pas le moindre doute qu'il ne faille appliquer à ce mode de formation absolument les mêmes règles qu'au cas de la stipulation.

II. Obligations portant sur un fait (*faciendi obligationes*.)

Un texte capital en notre matière (e) débute ainsi : « Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendi consistunt. » Ces expressions ont fait croire à certains auteurs que cette distinction donnait la

(b) L. 17 de serv. (8, 1) L. 13 § 1 de accept. (46, 4).

(c) L. 11 de serv. (8, 1). — Au contraire, même un non-propriétaire peut, comme débiteur, se charger d'une obligation de cette nature : car il peut devenir propriétaire de l'immeuble voisin

L. 25 § 10 fam. herc. (10, 2). A plus forte raison le copropriétaire isolé de l'immeuble voisin le peut-il.

(d) L. 3 § 2, L. 6 § 5 de act. emt. (19, 1), L. 80 § 1 de contr. emt. (18, 1), L. 12 de pign. (20, 1).

(e) L. 2 pr. de V. O. (45, 1).

mesure exacte de la divisibilité ou de l'indivisibilité des obligations, en ce sens que les obligations de la première classe (*dandi*) étaient divisibles, sauf une seule exception; que celles de la seconde classe (*faciendi*) étaient, en règle générale, indivisibles, et n'étaient divisibles que dans des cas exceptionnels et seulement à l'aide de procédés artificiels (*f*).

Cette opinion a déjà contre elle les expressions qui suivent immédiatement dans le § 1 de ce texte : « et *harum omnium* quædam partium præstationem recipiunt... quædam non recipiunt, » expressions qui signifient évidemment que les deux classes comprenaient aussi bien des obligations divisibles que des obligations indivisibles; il en résulte donc tout naturellement que l'auteur du texte n'a pas du tout placé en tête cette distinction pour y rattacher quelque règle sur la divisibilité.

A ce motif s'ajoute encore cette circonstance qu'on pouvait difficilement employer les expressions incertaines *dare* et *facere* pour régler sur elle le rapport purement pratique des obligations indivisibles (*g*).

(*f*) Ainsi R u b o, p. 37, 52, dit que toutes le *stricti juris obligationes in faciendo* sont indivisibles.

(*g*) Cf. plus haut, § 28, *e*. — Si nous prenons *dare* dans son sens

le plus strict pour indiquer le transport de la propriété ou d'un *jus in re ex jure Quiritium*, il reste du côté opposé pour les *faciendi obligationes* des cas si nombreux et d'une nature si différente, qu'il

La considération suivante est encore plus puissante. Si nous examinons sans parti pris les textes principaux sur les obligations indivisibles, nous resterons convaincus que les vieux jurisconsultes ne ramènent jamais l'indivisibilité de certaines obligations à des considérations artificielles, notamment à une question de formes (par exemple, à la nature spéciale de la stipulation), mais toujours à des raisons naturelles qui entraînent l'impossibilité de décomposer en parties la prestation. Et ce mode de procéder n'était pas le résultat du hasard ni de l'arbitraire ; il reposait sur une base nécessaire, qui était la suivante. Les Douze Tables avaient ordonné qu'à la mort d'un créancier ou d'un débiteur, les obligations se divisassent *ipso jure* entre les héritiers (§ 31, *e*). Or, l'application de cette disposition n'était certes pas abandonnée au bon plaisir des jurisconsultes et des juges : ils ne pouvaient pas s'y soustraire, à moins que quelque loi supérieure ne s'y opposât, — la loi de l'impossibilité naturelle (*h*).

est impossible de rattacher à cette idée quelque règle pratique. La distinction unique et réellement efficace était que l'*intentio* de la formule portait dans la première classe sur un *dare oportere*, et dans l'autre classe sur un *dare facere oportere* ; mais cette distinction n'avait pas d'importance

pratique.

(*h*) C'est en ce sens que la *L.* 25 § 9 *fam. herc.* (10, 2) dit de la stipulation d'une servitude de passage : « *talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest.* »

Si, suivant cet exemple des vieux jurisconsultes, nous considérons les choses à ce point de vue, et que nous y rattachions les décisions isolées du Digeste, nous devons nécessairement arriver aux règles suivantes sur l'indivisibilité des *faciendi obligationes*.

Est indivisible toute obligation portant sur un *opus* (i). On nous présente comme *opus* l'élévation d'une construction de quelque espèce que ce soit, l'érection d'une statue, le creusage d'un fossé, et autres travaux analogues faits sur le sol. Un des textes qui en parlent précise le caractère général de l'*opus* dans les termes suivants (k) : *neque enim ullum balneum, aut ullum theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam quæ ex consummatione contingit, non dederit*.

Cela veut dire : Quand la plus grande partie d'une maison est construite, et qu'il ne lui manque plus que le toit, on ne peut pas encore s'en servir en tant que maison. Sans doute une maison ne peut pas se construire tout d'un coup, il faut procéder graduellement, partiellement, et employer peut-être un temps très-long ; mais les tra-

(i) L. 85 § 2, L. 72 pr. de V. O. (45, 1), L. 80 § 1 ad L. Falc. (35, 2). Ce dernier texte emploie l'expression d'ailleurs assez rare :

« quæ dividuitatem non recipiunt. »

(k) L. 80 § 1 ad L. Falc. (35, 2). — Cf. encore L. 5 § 1 de V. S. 50, 16).

vaux isolés nécessaires pour parvenir à son achèvement ne sont susceptibles de se ramener à des rapports numériques (parties intellectuelles), ce qui serait indispensable pour pouvoir traiter l'obligation comme une obligation divisible. — Si nous prenons pour point de départ cette idée de l'*opus*, il nous est impossible d'en restreindre l'application aux travaux du sol, parmi lesquels les juriconsultes romains ont puisé la plupart de leurs exemples. On peut y faire rentrer la confection d'une chose mobilière, comme la construction d'un vaisseau (§ 31, 1), la fabrication d'une horloge astronomique, d'un instrument de musique, etc. ; ici toutefois la question d'indivisibilité n'aura d'importance que dans les cas où le travail entrepris sortira de la sphère des travaux manuels ordinaires.

Doivent au contraire être regardées comme divisibles les *faciendi obligationes* dans les cas suivants :

A. Tout travail qui porte en lui-même le caractère de quantité. Dans cette classe on peut ranger un nombre déterminé de jours de travail, en tant qu'il s'agit d'un travail manuel ordinaire (1). Le même caractère doit être attribué à un travail donné

(1) L. 15 § 1 de op. lib. (38, 1), L. 54 § 1 de V. O. (45, 1).

d'après certaines mesures convenues d'avance, comme la construction d'une digue, d'un mur, etc.

B. La *faciendi obligatio*, qui consiste non pas dans un travail, mais dans la conclusion d'une opération juridique (§ 28). Un exemple va donner de ce cas une idée claire. Quand un créancier lègue, dans son testament, la libération à son débiteur, l'héritier est tenu de lui faire acceptilation (*m*). Si cet héritier meurt avant d'avoir fait l'acceptilation, en laissant deux héritiers pour parts égales, chacun de ces héritiers succède à la moitié de la créance originaire; mais en même temps aussi à la moitié de la *faciendi obligatio*, dont l'objet est l'acceptilation. Cette obligation, portant sur l'exécution d'une opération juridique, apparaît ici, sans aucun doute, comme une obligation divisible.

C. L'obligation qui a pour objet une tradition. Ce cas, qui est le plus important de tous ceux de cette catégorie, exige un examen plus attentif. Des auteurs modernes cherchent ordinairement à éluder cette hypothèse; toutefois, il est facile de remarquer chez eux une tendance prononcée à y voir une obligation indivisible. Je regarde cette obligation comme divisible sans hésitation et sans exception aucune.

(*m*) L. 3 § 3, L. 5 *pr de lib. leg.* (34, 3).

Il faut cependant décomposer ce point en deux questions distinctes : 1. La tradition est-elle un *facere*, l'*obligatio traditionis* une *faciendi obligatio* ? 2. S'il en est ainsi, faut-il en conséquence la considérer comme indivisible ?

Sur la première question, il faut, pour le très-ancien droit, et selon les circonstances, répondre tantôt négativement, tantôt affirmativement.

S'agissait-il d'une *res nec Mancipi* (argent, brebis, chèvre, etc.), la tradition était non pas un *facere*, mais un *dare*, en ce sens qu'elle transférait immédiatement la propriété *ex jure Quiritium* aussi bien que la mancipation appliquée à une *res Mancipi* (n). L'adversaire que nous avons cité plus haut (note f) devrait lui-même admettre ici la divisibilité de la *tradendi obligatio*; car, chez lui, le doute et la contradiction n'ont pour base que la nature particulière de la *faciendi obligatio*. — S'agissait-il au contraire d'une *Mancipi res* (immeuble italique, esclave, cheval, etc.), alors ce n'était pas un *dare*, mais un *facere*, en ce sens que celui qui recevait la chose par tradition ne l'acquerrait pas *ex jure Quiritium*, mais seulement *in bonis* (o). — Pour les choses de cette

(n) Ulpien, tit. 19, § 7.

(o) Ulpien, tit. 19, § 3, tit. 1, § 16.

classe (notamment pour un *fundus*), l'obligation ayant pour objet une tradition est appelée une *faciendi obligatio* (p), et cette expression signifie pratiquement qu'une obligation de cette nature avait une formule d'action portant non sur *dare*, mais sur *dare facere oportere*, avec une *incerti conditio* (q).

Sur la seconde question (relative à l'indivisibilité de la *tradendi obligatio*), il faut sans restriction répondre négativement, si nous tenons pour certain le point de vue des jurisconsultes romains (note h) que nous avons développé plus haut, et qui a sa source dans les Douze Tables, et si nous voulons fonder la divisibilité et l'indivisibilité exclusivement sur des principes naturels; car la tradition emporte toujours translation de la possession, et dans certaines circonstances en même temps translation de la propriété, qui était acquise, d'après l'ancien droit, tantôt *ex jure Quiritium*, tantôt *in bonis*. Tous ces rapports juridiques, possession et propriété dans ses formes historiquement différentes, sont en eux-mêmes essentiellement divisibles (§ 30); l'obligation,

(p) L. 75 § 7, L. 72 pr. de V. O. (45, 1). Il est vrai qu'ailleurs on dit aussi : « Si quis vacuum possessionem tradi promiserit, non audum factum hæc stipulatio conti-

nebit; sed causam bonorum. » L. 52 § 1 de V. O. (45, 1).

(q) Savigny, *Système*, t. 5, Appendice, xiv, n° xxxiv, note d.

elle aussi, qui a pour objet la tradition, doit donc, par une conséquence naturelle, être divisible.

Les réflexions qui vont suivre peuvent servir à mettre absolument hors de doute cette assertion. Quand quelqu'un vend un fonds de terre et meurt avant la tradition en laissant deux héritiers pour parts égales, la propriété passe pour moitié à chaque héritier : il en est de même de la *tradendi obligatio* (l'obligation de répondre à l'*actio emti*), en sorte que cette obligation apparaît comme divisible. Voudrait-on dire par hasard que cela est vrai pour la vente, mais non pour la stipulation ? Il faudrait encore rejeter cette distinction comme tout à fait arbitraire, attendu que les deux obligations étaient soumises à une règle identique en vertu de la même loi des Douze Tables, qui ordonnait la division de toutes les obligations entre les héritiers. — Il serait aussi arbitraire et aussi contraire à la nature des choses de regarder comme divisible la *tradendi obligatio* relativement à une brebis, et de la regarder comme indivisible relativement à un cheval, parce que la tradition prendrait dans le premier cas le nom de *dare*, et dans le second celui de *facere*. — Il était de plus assez ordinaire, quand on promettait par stipulation la mancipation d'un immeuble (le *dare*),

d'ajouter une seconde stipulation relative à la tradition (*r*) ; et même quand cette seconde stipulation n'était pas intervenue, l'engagement à faire la tradition allait de soi, comme un simple accessoire de l'obligation principale (*s*). — Puisque ces deux actes constituent les éléments essentiels d'une seule et même obligation, il est naturel de conclure de la divisibilité incontestable de l'un des éléments (le *dare*) à la divisibilité de l'autre (le *tradere*).

Ces motifs doivent me faire admettre que jamais un jurisconsulte romain ne peut avoir mis en doute la divisibilité de la *tradendi obligatio*, et cette supposition trouve sa confirmation dans la circonstance que les vieux jurisconsultes ne procèdent pas timidement en cette matière dans l'emploi des expressions ; car parfois le même texte renferme les expressions *dare* et *tradere*, qui sont prises indifféremment l'une pour l'autre (*t*).

(*r*) L. 4 pr. de usur. (22, 1).

(*s*) L. 3 § 1 de act. emt. (19, 1)
(Ce texte fait une exacte distinction des effets de la stipulation en elle-même, et de ceux de la vente). — Le texte remarquable de Gaius, Lib. 4, § 131, s'applique également aux deux espèces de cas. L'ayant droit pouvait intenter deux poursuites séparées, et demander d'abord simplement la mancipation, en réservant

l'action ultérieure relative à la tradition. Mais il devait alors se garantir par une *præscriptio* contre la consommation en justice de toutes les parties essentielles de sa créance.

(*t*) L. 85 § 6 de V. O. (45, 1) (§ 31, h). De même aussi dans la L. 137 § 3 eod : « sicut liberatur, qui se *daturum* spondit, si quandoque *tradit*. »

— Et même si à ce point de vue il devait en avoir été autrement dans l'ancien droit (ce que je regarde comme impossible), tout au moins dans le droit de Justinien la tradition devrait-elle avoir été, sans restriction, divisible; car elle y a tout à fait pris la place de l'ancienne mancipation, et d'une manière générale elle s'est élevée à la hauteur d'un véritable *dare*, sans distinguer entre les objets sur lesquels elle porte.

Je ne veux cependant pas passer sous silence le texte qui paraît dire le contraire, et en l'absence duquel le doute se serait difficilement élevé, sur la théorie exposée ici, parmi les écrivains modernes. Ulpien dit d'abord que la stipulation d'une servitude prédiale est indivisible, et il ajoute ensuite que cette indivisibilité doit s'étendre à la stipulation « *fundum tradi* » de même qu'à celle ayant pour objet un *opus*; car dans l'un et l'autre cas, tout essai d'une division effective serait en contradiction avec le sens et la nature intime de la stipulation (*corrumpit stipulationem*) (u).

Cette argumentation a jeté les auteurs moder-

(u) L. 72 pr. de V. O. (45, 1) : « Stipulationes non dividuntur earum rerum, quæ divisionem non recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, cæterarumque servitutum. Idem puto et si quis

faciendum aliquid stipulatus sit : ut puta *fundum tradi*, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. »

nes dans un grand embarras. D'un côté le sens pratique, sainement entendu, s'opposait à ce qu'on admît comme indivisible l'engagement de faire tradition; mais, d'un autre côté, il y a trop de force dans l'expression *fundum tradi*, employée par Ulpien, pour qu'on puisse en méconnaître la signification. On se perdit alors dans des recherches infructueuses et subtiles sur la différence des formules de stipulation : *rem tradi* et *vacuam possessionem tradi*, et on se demanda dans quel repli de ces formules se cachait le mystère de l'indivisibilité (v).

Mais quand on examine les raisons données plus haut à l'appui de la divisibilité générale et absolue de la *tradendi obligatio*, avec laquelle cette assertion d'Ulpien serait en contradiction, on est alors nécessairement amené à rechercher pour cette stipulation, *fundum tradi*, qui n'est mentionnée ici qu'en des termes très-laconiques et très-vagues, un sens qui l'explique et la complète, et qui écarte cette contradiction. Cette explication nous est fournie par cette circonstance que dans les *faciendi obligationes* l'adjonction d'une peine

(v) On peut voir un exemple bien évident de ce procédé dans Giphanius, sur la L. 4 D. de V. O., n° 68 sq., lecture Altorph, p. 746, et Sc. Gen-

tilis, l. c., cap. 17. Parmi les auteurs modernes, cf. Ribbentrop, p. 215, Scheurl, p. 79, 81.

pécuniaire pour le cas de non-exécution de la prestation n'avait pas seulement pour but de rendre plus correcte la forme de la stipulation, mais était, même en dehors de cette idée, très-fréquente dans la pratique (*w*). Dans une stipulation de ce genre, le fait était non pas *in obligatione*, mais *in conditione*; d'où la conséquence nécessaire qu'il fallait avoir exécuté complètement la prestation pour pouvoir éviter la peine : en ce sens le fait était donc indivisible (§ 31, *f*). Cette promesse d'une peine, avec les effets que nous venons d'y attacher, était employée non-seulement à la suite du *facere*, mais encore à la suite du *dare*, et même à la suite d'une promesse d'argent principale (§ 31, *g*, *h*). L'effet était absolument le même, soit qu'on indiquât le *dare* seulement comme une condition (*nisi fundum dederis, centum dare spondes?*), soit qu'on le plaçât en tête, en apparence comme objet indépendant de la prestation (*fundum dare spondes? nisi fundum dederis, centum dare spondes?*) (*x*). — En présence de

(*w*) L. 137 § 7 de V. O. (45, 1): « Si, ut aliquid fiat, stipulemus, et usitatus et elegantius esse. Labeo ait, sic subiei poenam, si ita factum non erit. » L'expression *elegantius* s'explique par cette circonstance, que précisément dans le *facere* la libre estimation

de la valeur pécuniaire de la part du juge était très-souvent plus incertaine et plus arbitraire que dans le *dare*.

(*x*) La preuve de cette analogie complète de signification se trouve dans la L. 44 § 6 de O. et A. (44, 7). (V. plus haut § 31, *l*).

ces formes usitées chez les Romains dans la pratique des affaires, nous ne ferons pas violence au texte d'Ulpien, si nous supposons que la stipulation *fundum tradi*, indiquée brièvement et en passant par les quelques mots de son début (comme s'il s'agissait d'une formule très-usitée et généralement connue), devait dans sa pensée être complétée ainsi : *fundum tradi, et nisi traditus erit, centum dari*. Avec cette formule, l'indivisibilité ne peut pas alors présenter le moindre doute (y).

On pourrait essayer de réfuter cette explication, en faisant observer que nous sommes forcés d'admettre qu'Ulpien a confondu des choses quelque peu différentes, et a suivi un procédé qui n'était pas rigoureusement logique. Cette remarque est vraie en elle-même; mais il faut l'écarter en tant qu'elle serait une objection à notre système. Car c'est exactement le même procédé, quoiqu'il ne soit pas rigoureusement logique, que nous trouvons dans tout le développement de cette matière chez les anciens jurisconsultes, et notamment dans les textes très-explicites de Paul (y¹). On ne peut

(y) Avec cette interprétation le sens des mots : *fundum tradi* est donc absolument le même que celui que Paul présente avec plus de détails dans la L. 85 § 6 de V.

O. (45, 1) : les deux textes sont essentiellement parallèles.

(y¹) L. 2, L. 4, L. 85 de V, O. (45, 1.) Spécialement la L. 85 § 6 de V. O. (45, 1) présente exactement le

donc pas admettre cette observation comme une objection plausible contre l'explication que nous avons donnée d'Ulpien, si on suppose chez lui la même manière d'agir.

III. Obligations qui ont pour objet une omission (*non faciendi obligationes*).

Ici les Romains distinguent en termes exprès entre le *factum individuum* et celui *quod divisionem recipiat*. Toutes les questions sur la divisibilité ou l'indivisibilité naturelle se réduisent à rechercher la nature de l'objet de la prestation, et c'est de là que résulte la divisibilité de l'obligation, notamment en ce qui concerne plusieurs héritiers du débiteur (z).

Tout ici dépend du point de savoir si l'acte dont le débiteur a promis de s'abstenir peut en lui-même être également accompli par chacun des héritiers, ou si chacun ne peut l'accomplir que pour partie. Dans le premier cas l'obligation elle-même est indivisible, dans le second elle est divisible. Cette différence coïncide le plus souvent avec la distinction des actes en non-juridiques et juridiques. Deux exemples vont rendre la chose sensible.

même contenu que j'assigne au texte d'Ulpien (note y), et même il n'y a pas de différence essentielle qui sépare l'enchaînement

des idées dans les deux textes.
(x) L. 4 § 1, L. 85 § 3 de V. Q.
(45, 1).

Quand quelqu'un stipule de son voisin, *per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere per fundum tuum liceat*, cette obligation est indivisible. Car après la mort du débiteur un obstacle effectif peut provenir de tous les héritiers ou de l'un d'eux, et au point de vue de l'intérêt du créancier il est tout à fait indifférent de savoir quel en est l'auteur (aa).

Lorsque, au contraire, un débiteur stipule de son créancier, *amplius non agi*, et que le créancier vient à mourir, la stipulation se divise entre ses héritiers : car il n'est possible à chaque héritier d'intenter l'action originaire que pour sa part héréditaire, et par suite il ne peut violer la stipulation que pour partie (bb).

Ainsi, dans la *non faciendi obligatio*, il est incontestable que la divisibilité de l'obligation se décide d'après le caractère naturel de la prestation à faire dans chaque cas particulier : il y a encore là une nouvelle preuve de l'arbitraire et du peu de fondement de l'opinion des auteurs

(aa) L. 4 § 1. L. 85 § 3 de V. O. (45, 1).

(bb) L. 4 § 1 de V. O. (45, 1). Sur le sens de cette stipulation cf. L. 15 *ratam rem* (46, 8). Elle a dans son but et ses conséquences de l'affinité avec le *pac-tum ne petatur*. Une nature analogue caractérise la stipulation :

ratum haberi. L. 44 § 6 *fam. herc.* (10, 2). — Au contraire est indivisible la *pœna compromissa*, destinée à rendre efficace un jugement arbitral. Car ici les contraventions possibles sont si multiples qu'elles ne peuvent pas se ramener à des parts héréditaires. L. 5 § 4 de V. O. (45, 1).

modernes, qui assignent une autre base à la nature de la *faciendi obligatio*, et qui veulent la soumettre d'une manière générale à la règle de l'indivisibilité, sans se préoccuper de la divisibilité ou de l'indivisibilité naturelle de la prestation, qui constitue l'objet de l'obligation.

En résumant brièvement la recherche à laquelle nous venons de nous livrer, nous sommes amenés à poser les règles bien simples que voici :

I. Les obligations ayant pour objet une dation sont presque toujours divisibles. Est indivisible l'obligation ayant pour objet l'établissement d'une servitude prédiale.

II. Parmi les obligations portant sur un fait, il y en a de divisibles et d'indivisibles, selon le caractère naturel du fait. Le cas le plus important d'une obligation indivisible de cette classe est celui de l'*opus*.

III. Les obligations portant sur une omission sont aussi tantôt divisibles, tantôt indivisibles, d'après la nature particulière de l'acte dont l'omission constitue l'objet de l'obligation.

Il faut encore signaler, en forme d'appendice,

quelques cas qui sont rangés ordinairement par les jurisconsultes romains dans le nombre des obligations indivisibles, mais qui sont en fait d'une nature très-différente; leur rapprochement, très-peu logique avec les cas que nous venons de traiter, ne peut que jeter de la confusion dans les idées.

1. Le premier cas de cette espèce consiste dans l'obligation portant sur un *genus* (par exemple, la prestation d'un cheval non individuellement déterminé) ou dans l'obligation alternative (*cc*). Ce cas n'appartient pas cependant à la classe des obligations indivisibles, puisque, à presque tous les points de vue, il est traité absolument comme une obligation divisible. Quand, dans cette obligation, figurent plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs (par exemple, comme héritiers du contractant primitif), chaque créancier poursuit sa quote-part et chaque débiteur est poursuivi pour sa quote-part (*dd*). Ce cas ne s'écarte de la règle générale qu'à un seul point de vue : le débiteur ne peut pas, à sa volonté, acquitter une partie de la dette, et attribuer à ce paiement partiel l'effet d'éteindre sûrement cette partie. Supposons, en effet, que le débiteur d'un cheval fournisse la

(*cc*) L. 2 § 1-4, L. 85 § 4 de V. O.
(45, 1).

(*dd*) L. 2 § 3, L. 85 § 4 de V. O.
(45, 1).

moitié intellectuelle d'un cheval, il n'est pas encore pour cela sûrement libéré de la moitié de sa dette. Car il serait possible qu'il fournisse comme complément la moitié d'un autre cheval, et personne ne peut se servir pour voyager de deux moitiés de chevaux différents; en effet, l'obligation a donné au créancier le droit de demander un cheval tout entier avec quatre membres dépendant du même corps. La prestation d'une moitié n'engendre donc qu'une extinction incertaine, et son effet ne sera définitif que lorsque la prestation de l'autre moitié du même cheval aura anéanti complètement la dette. Une situation analogue se présenterait dans l'obligation alternative, par exemple d'un cheval ou d'une montre, si, par hasard, le débiteur voulait provisoirement fournir la moitié d'un cheval; le créancier courrait par là le risque d'être obligé de se contenter d'une moitié de cheval et d'une moitié de montre, résultat qui serait contraire à l'esprit de l'obligation (ee). Dans ce cas, il importe peu de savoir si cette prestation divisée et incertaine a été l'offre d'un débiteur unique ou d'un des héritiers du débiteur originaire.

(ee) L. 2 § 1. 2. L. 85 § 4 de V. un.), L. 9 § 1 de sol. (46, 3). L.
O. (45, 1), L. 26 § 13, 14 de cond. 34 § 10 eod.
ind. (12, 6). L. 15 de leg. 2 (31,

Abstraction faite de ce seul caractère, qui est, d'ailleurs, sans importance réelle, les obligations de l'espèce que nous venons de décrire restent absolument sur la même ligne que toutes les obligations divisibles. Elles peuvent donc être l'objet même d'une acceptilation partielle qui produira immédiatement un effet définitif (*ff*).

Et même la restriction que nous avons présentée plus haut ne s'applique qu'aux obligations de genre dans lesquelles il s'agit d'un objet isolé. Quand, au contraire, on a promis de fournir dix chevaux, la promesse porte alors sur une quantité susceptible de se compter; si bien que le débiteur peut, en fournissant cinq chevaux, obtenir immédiatement une libération définitive pour la moitié de la dette (*gg*).

2. Le second cas se rapporte à la *duplex stipulatio*, intervenue en prévision d'une éviction, et qu'on range également, mais à tort, parmi les obligations indivisibles. Car la véritable prestation dans cette obligation consiste dans le paiement d'une somme d'argent qui est aussi divisible que toute autre promesse d'argent. Il n'y a d'indivisible que la garantie (*defensio*), que le vendeur est obligé

(*ff*) L. 2 § 3 de V. O. (45, 1), L. 17 de accept. (46, 4).

(*gg*) L. 54 pr., L. 117 de V. O. (45, 1). Cf L. 29 de sol. (46, 3).

de fournir à l'acheteur pour le tout et non pour partie, s'il veut éviter la condamnation au double du prix de vente. Mais cette garantie n'est qu'un préservatif pour le vendeur; elle ne constitue pas l'objet de son obligation; il ne peut même être poursuivi à l'effet de la fournir. Cette hypothèse ne peut donc pas être rangée parmi les obligations indivisibles (*hh*).

3. Enfin, on ajoute encore le cas des trois actions divisoires. Si dans une de ces actions une partie vient à mourir après la litiscontestation, les héritiers ne peuvent continuer le procès pour partie. Mais ils doivent tous s'entendre pour le poursuivre, ou constituer un procureur commun (*ii*). Cette disposition se rattache uniquement à la procédure; mais elle est, du reste, très-convenable : car chaque partie étant, dans ces actions, demandeur et défendeur à la fois, la division entre les héritiers pourrait amener de graves complications.

(*hh*) *L. 85 § 5. L. 4 § 2 de V. O.* (45, 1), *L. 139 sod., L. 62 § 1 de erict.* (21, 2). Dans l'explication de chacun de ces textes pris iso-

lément, se rencontrent plusieurs difficultés. Cf. *R i b b e n t r o p*, p. 197-214.

(*ii*) *L. 48 fam. herc.* (10, 2)

§ 33.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DIVISIBLES
ET INDIVISIBLES (suite).

Après avoir exposé d'abord les diverses considérations relatives aux obligations divisibles (§ 31), puis avoir énuméré ensuite isolément les cas d'obligations indivisibles (§ 32), il nous reste maintenant à examiner de plus près les résultats pratiques des obligations indivisibles, pour accomplir la tâche que nous nous sommes imposée.

Il nous faut d'abord revenir sur un point, dont nous avons déjà fait mention, et auquel nous rattacherons, comme à notre principe, les explications qui vont suivre.

I. Quand il n'y a qu'un seul créancier en présence d'un seul débiteur, la théorie des obligations indivisibles ne souffre pas la moindre difficulté. Dans ce cas, l'effet de la divisibilité se manifestait par la possibilité pour le créancier d'éteindre son droit par parties, en intentant plusieurs actions successives, et par la possibilité pour le débiteur d'éteindre sa dette par parties, en faisant plusieurs prestations l'une à la suite de l'autre. Cette double possibilité disparaît dans les obligations indivisi-

bles, qui ne peuvent, d'après leur nature, se poursuivre ou s'éteindre qu'en totalité. Mais cette différence avec les obligations divisibles n'est pas d'une grande importance pratique.

II. Quand il se présente, dès le début, dans une seule et même obligation, plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, la règle est, pour les obligations divisibles, que l'obligation se divise entre eux tous *ipso jure*. A côté de cette règle peut se présenter une exception, spécialement introduite par la volonté des parties, et qui consiste, en écartant la division de l'obligation, à l'appliquer pour le tout à chaque créancier ou à chaque débiteur. Cette exception constitue la théorie importante déjà traitée des obligations corréales.

Maintenant il est clair que, dans ce rapport de règle et d'exception, la règle est inapplicable, en ce qui touche les obligations indivisibles; le problème consiste donc pour nous à lui substituer une autre règle.

Au contraire, l'exception (l'obligation corréale) s'applique aussi bien aux obligations indivisibles qu'aux obligations divisibles.

III. Quand un créancier ou un débiteur meurt en laissant plusieurs héritiers, la créance ou la dette se divise entre eux *ipso jure*.

Cette règle est encore inapplicable aux obliga-

tions indivisibles, et nous devons encore chercher à lui en substituer une autre (a).

Nous cherchons donc ici pour les obligations indivisibles à remplacer des règles inapplicables dans ces deux cas, qui, bien que distincts en eux-mêmes, se touchent cependant d'assez près. Il n'y a même aucune raison bien sérieuse de les traiter différemment : aussi nous pouvons espérer leur appliquer des principes identiques. Cette idée se confirmera dans la suite par des témoignages tirés des sources.

(a) Je me suis renfermé ici dans les cas principaux où les obligations indivisibles peuvent donner lieu à des difficultés, pour ne pas entraver la marche de cette étude par trop de détails. Mais nous trouvons en outre les cas suivants. 1. La *L. Falcidia* avait disposé que l'héritier pourrait, quand l'hérédité serait démesurément grevée, retenir sur chaque legs une part telle, qu'il eût nécessairement intact le quart de l'hérédité. Cette opération se faisait directement quant aux obligations divisibles ; par une déduction, dans les obligations indivisibles : le légataire obtenait la totalité de son legs, mais il était obligé de payer de son argent la valeur que cette exécution totale enlevait à l'héritier. *L. 80 § 1 ad L. Falc.* (35, 2). — 2. Paul dit dans la *L. 2 § 4. de V. O* (45, 1) : « Idemque est in ipso promissore, et fidejussoribus ejus, quod diximus in heredibus. » Ce texte,

conçu d'une manière peu exacte, donne lieu à maintes interprétations. Peut-être Paul s'y référait-il uniquement aux restrictions qu'il venait de faire à l'instant à propos des obligations de genre et alternatives, et qu'il avait dit devoir être étendues aux héritiers du débiteur : il ferait alors la même remarque à propos des cautions. Peut-être voulait-il dire que l'*ep. D. Hadriani* (le *beneficium divisionis*) n'avait pas lieu dans les obligations indivisibles. Peut-être le mot *fidejussoribus* est-il une interpolation ; Paul parlait de *sponsoribus*, dont le droit à la division *ipso jure*, dérivant de la loi *Furia* (*Gaius*, III, 121), devait aussi disparaître dans les obligations indivisibles (*Scheurl*, p. 24). Chacune de ces interprétations possibles en elles-mêmes aboutit à un résultat incontestablement juste. Peu importe donc de savoir quelle était la véritable pensée de Paul.

Le premier des deux cas cités (plusieurs créanciers ou débiteurs à l'origine) se rencontre bien plus rarement que le second (héritiers d'un créancier ou d'un débiteur originaire). Il se présente le plus souvent dans les testaments, où le disposant lègue, à la charge de plusieurs de ses héritiers, une obligation indivisible. Mais je ne trouve qu'une seule fois cette hypothèse indiquée comme tirant son origine d'un contrat; elle est rapportée par Paul (b), qui parle d'une servitude prédiale, dont plusieurs copropriétaires du même immeuble se font promettre, par stipulation, l'établissement. La rareté de cette mention dans les textes s'explique très-bien par la difficulté d'exécution d'une pareille convention. Aussi on se tirait ordinairement d'embarras, soit en ne faisant pas naître d'obligation, mais en cherchant à produire immédiatement et sans détour l'effet d'une obligation (par exemple, par l'établissement d'une servitude prédiale au moyen de l'*in jure cessio*), soit en faisant intervenir une obligation corréale (par exemple, quand plusieurs personnes se chargeaient d'une construction) : on écartait ainsi tous les doutes et toutes les difficultés. On ne remplaçait pas, mais on éludait la règle elle-même. — Il en

(b) L. 19 de serv. præd. rust. (8, 3).

est autrement dans le cas de plusieurs héritiers. Car on ne peut jamais prévoir cet événement, ni l'empêcher par des mesures préventives. Voilà pourquoi le second cas est mentionné bien plus souvent que le premier.

Pour continuer avec fruit cette étude, il est utile de chercher à observer préalablement, et à reconnaître clairement par quel moyen notre double question pouvait se résoudre, et quel pouvait être le système à substituer aux deux règles dont nous avons constaté l'impossibilité d'application. Trois voies distinctes s'offrent pour cette solution.

A. Voici un procédé naturel et bien raisonnable : les diverses personnes qui figurent dans l'obligation peuvent s'entendre pour traiter l'opération en commun, en exerçant l'action ou en y défendant, par l'intermédiaire d'un procureur, qu'elles constituent toutes ensemble. Que ce moyen soit toujours possible en vertu d'une manifestation de la volonté des parties, c'est ce qui ne peut être révoqué en doute, même en l'absence d'une prescription spéciale. Cet accord se présente même assez souvent entre plusieurs créanciers, parce qu'il est de leur intérêt à tous d'accélérer la conclusion de l'affaire (c);

(c) Il se forme alors par cet accord volontaire le même rapport que celui que prescrit en général,

pour la corréalité active, le *Landrecht* (Droit national) prussien, v. plus haut § 27, b.

il se produit plus rarement entre plusieurs débiteurs, parce que, s'ils se laissent actionner, ils chercheront de préférence à entraver la décision définitive. Alors se ferait sentir le besoin d'une disposition législative, d'un moyen qui les contraindrait à s'entendre, mais qui est bien moins conforme à la marche de la procédure romaine qu'à celle de notre procédure actuelle (d).

B. Un autre procédé possible consiste à traiter l'obligation indivisible comme une obligation solidaire, analogue par conséquent à une dette corréale. — Nous montrerons que cette voie a été suivie en effet, mais seulement quand il s'agit de plusieurs débiteurs tenus ensemble.

C. Un troisième procédé vint forcément de très-bonne heure à l'esprit des jurisconsultes romains. Depuis l'introduction de la procédure formulaire, toutes les condamnations ne pouvaient porter que sur de l'argent comptant (e). En reportant par la

(d) Ce n'est que dans deux cas tout à fait isolés que nous voyons les débiteurs contraints de constituer un procureur commun : d'abord dans les actions divisaires, quand une partie meurt pendant le procès (§ 32, i); puis relativement à la *cautio judicatum solvi*, en tant qu'il s'agit de la *cautio de re defendenda* (qui est en elle-même indivisible). L. 5 § 7, L. 6 jud. solvi (46, 7). Aussi-tôt que le jugement est rendu, et qu'il ne subsiste plus qu'une dette

d'argent, cette obligation est tout à fait divisible : par conséquent, il n'y a plus besoin d'une règle artificielle pour la résoudre. L. 2 § 2 de stip. prat. (46, 5). Dans ce dernier texte, les expressions : *quamvis possit dici*, etc., font naître un doute, mais on peut le lever au moyen de la distinction proposée : il ne faut donc admettre aucune contradiction entre les textes que nous venons de citer.

(e) Gaius, Lib. 4, § 48.

pensée cette issue infaillible d'une contestation quelconque au début de cette contestation, toute obligation indivisible en elle-même devenait parfaitement divisible. Car l'engagement de constituer une servitude prédiale ou d'accomplir un *opus* se résout en une dette d'argent, et toutes les dettes d'argent sont divisibles. — Nous montrerons que cette voie a été suivie, en effet, dans le cas de plusieurs créanciers ayant le même droit. Quant au cas de plusieurs débiteurs, ce procédé n'est mentionné que comme l'opinion isolée d'un jurisconsulte très-ancien (§ 34, *n*). Cependant on aurait pu encore faire valoir l'argument d'analogie, que ce procédé convient indubitablement quand une prestation indivisible est présentée, non comme l'objet de l'obligation, mais seulement comme une condition dont le non-accomplissement doit faire encourir une peine pécuniaire, qui a été stipulée. Car cette peine, comme toute dette d'argent, est toujours divisible (§ 31, *o*, § 34, *p*).

Quand on traite au point de vue pratique des obligations indivisibles, il faut avant tout faire une distinction capitale entre le cas de plusieurs débiteurs et celui de plusieurs créanciers,

parties dans la même obligation. La véritable raison de cette distinction est celle-ci. Quand le débiteur originaire meurt en laissant plusieurs héritiers, cette circonstance peut léser le créancier, et le tromper dans sa légitime attente de n'avoir affaire qu'à un seul débiteur : il faut autant que possible prévenir le préjudice qui peut en résulter. Mais le débiteur n'a pas à craindre un préjudice du même genre, quand le créancier meurt en laissant plusieurs héritiers; car il ne lui sera pas plus difficile de faire la prestation à plusieurs personnes qu'à une seule.

Les idées que nous exprimons ici ont été maintes fois reconnues dans nos sources de droit, et appliquées, tantôt directement comme règle pratique, tantôt comme raison de douter sur certains cas. C'est par elles qu'on est arrivé au principe important et général, que dans les obligations indivisibles chaque héritier du débiteur est tenu *in solidum* (f).

(f) L. 192 pr. de R. J. (50, 17). « Ea, quæ in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur. » — Cf. L. 2 § 2 de V. O. (45, 1) : « non enim ex

persona heredum conditio obligationis immutatur. » L. 2 § 2 de stipul. prat. (46, 5), aux mots : *quavis possit dici*, etc. Comparez sur ce point la note d.

§ 34.

III. OBJET DE L'OBLIGATION, PRESTATIONS DIVISIBLES
ET INDIVISIBLES (suite).

Quand on traite au point de vue pratique des cas isolés d'obligations indivisibles, il faut poser les règles suivantes :

A. Plusieurs débiteurs tenus ensemble.

I. Obligation portant sur l'établissement d'une servitude prédiale (*dandi obligatio*).

Quand il y a plusieurs héritiers du débiteur primitif, chacun est tenu *in solidum*; mais ce qu'il a payé en totalité peut être par lui exigé partiellement de ses cohéritiers par l'*actio familiae herciscundæ* et en proportion de la part héréditaire de chacun (a).

Il faut encore appliquer absolument la même règle au cas de plusieurs débiteurs primitifs. Ainsi un testateur a-t-il imposé à ses deux héritiers l'obligation de constituer au voisin une servitude prédiale, chacun de ces deux débiteurs peut être

(a) L. 2 § 2, L. 72 pr. de V. O. (45, 1), L. 25 § 10 fam. herc. (10, 2), L. 17 de serv. (8, 1). — Sur la relation qui existe entre ce droit

de recours et les règles générales sur les dettes corréales, cf. plus haut § 23, g.

actionné *in solidum*, et il a alors son recours contre son codébiteur (b).

Il y a une règle qui présente de l'analogie avec les deux qui précèdent, mais qu'il ne faut cependant pas confondre avec elles : c'est celle qui a trait à l'action confessoire à propos d'une servitude déjà constituée. Le possesseur de la servitude qui a pour adversaires plusieurs copropriétaires de l'immeuble grevé (par exemple plusieurs cohéritiers), peut agir confessoirement *in solidum* contre chacun d'eux (c).

II. Obligation portant sur l'exécution d'un *opus faciendi obligatio*).

L'hypothèse de plusieurs héritiers d'un débiteur primitif qui se présente d'ordinaire si fréquemment, n'est pas ici l'objet d'une mention spéciale. En revanche on trouve dans un texte déjà cité plus haut (d) cette décision générale, qu'une obligation de cette nature se place absolument sur la même ligne que celle qui a pour objet l'établissement d'une servitude prédiale, qu'elle est absolu-

(b) L. 25 § 11 *fam. herc.* (10, 2), L. 11 § 24 *de leg. 3* (32, un.), L. 80 § 1 *ad L. Falc.* (35, 2).

(c) L. 4 § 4 *si serv.* (8, 5), L. 7 *de serv. leg.* (33, 3). Dans ce dernier texte il est question de la revendication de la servitude, ce qui suppose un *legatum vindica-*

tionis. Le texte n'appartient donc pas à la question que nous traitons immédiatement, qui suppose un *damnationis legatum*, comme source de l'obligation, et à laquelle se rapportent les textes cités dans la note b.

(d) L. 72 *pr. de V. O.* (45, 1).

ment indivisible, et que toute tentative qu'on pourrait faire de la diviser dénaturerait la stipulation. Cette décision embrasse dans sa généralité deux cas : celui de plusieurs héritiers d'un débiteur, et celui de plusieurs débiteurs originaux.

Ce dernier cas est mentionné spécialement dans une série de textes, dans lesquels il est question d'un legs, qui impose à plusieurs cohéritiers la construction d'un *opus* (e). On dit de ce legs que chaque cohéritier est tenu *in solidum*, mais que s'il a construit l'*opus* tout entier, ou si à la suite du procès il a été condamné à une indemnité en argent, il a un recours contre ses cohéritiers par la *familiæ herciscundæ actio*. Les rescrits de plusieurs empereurs servent encore de sanction à ces règles. — Ainsi toute cette hypothèse est traitée absolument de la même manière que celle de l'obligation qui a pour objet l'établissement d'une servitude prédiale.

Tout semble donc clairement résolu pour le cas

transcrite au § 32, u. Les expressions *fundum tradi* de ce texte sont l'objet d'explications détaillées dans ce § 32.

(e) L. 85 § 2 de V. O. (45, 1), L. 11 § 23, 24 de leg. 3 (32, un.), L. 44 § 8 *fam. herc.* (10, 2), L. 80 § 1 *ad L. Falc.* (35, 2). — Un doute pourrait naître de la L. 49 § 4 de leg. 2 (31, un.), d'après laquelle l'héritier auquel accroît une

partie de la succession, doit, même pour cette partie, contribuer à un *opus* mis à la charge de chacun des héritiers. Mais ce texte n'a pas trait aux droits du créancier (qui peut agir *in solidum* contre chaque héritier) ; il a trait à la répartition à établir plus tard également entre les cohéritiers.

de l'*opus*. Et cependant la plupart des auteurs modernes mettent en avant sur ce point une théorie tout à fait différente. La démonstration en est tirée de ce texte d'Ulpien, dont la première moitié a été placée au début de notre théorie, précisément comme témoignage de l'exactitude de cette même théorie (f). A la suite de cette première moitié, déjà citée plus haut, vient dans le texte le passage suivant :

Celsus tamen lib. 38 Digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem. Secundum quem Celsus ait posse dici, juxta æstimationem facti dandam esse petitionem.

On sait qu'il se trouve dans le Digeste un grand nombre de textes dans lesquels l'auteur lui-même n'émet pas directement son opinion sur une question qu'il veut résoudre; mais il se contente de proposer l'opinion d'un autre jurisconsulte, qu'il approuve tacitement par là même, et dont il se sert comme expression de sa propre opinion. C'est ainsi que presque tous les auteurs ont entendu le texte que nous venons de transcrire; et

(f) L. 72 pr. de V. O. (45, 1). V. plus haut § 32, u.

pour écarter la contradiction qu'il présentait avec les autres témoignages des sources, ils ont, avec beaucoup de subtilité, distingué dans quelles hypothèses la *faciendi obligatio* était indivisible, dans quelles autres à l'inverse elle se transformait en une dette de somme d'argent, ce qui la rendait alors divisible.

Donneau a développé avec des détails très-étendus cette explication du texte de la manière suivante (g) : L'obligation portant sur un *opus* est d'abord une pure *faciendi obligatio*, et comme telle absolument indivisible. Mais les premiers jours, les premières semaines, on ne peut pas cependant reprocher au débiteur de n'avoir pas encore achevé une construction, qui est peut-être vaste et étendue; on doit même attendre l'expiration du délai, dans lequel il aurait été possible de terminer l'ouvrage. A partir de ce moment il s'opère dans l'obligation une transformation radicale. A la place de la *faciendi obligatio* primitive, il y a maintenant une dette d'argent portant sur les dommages-intérêts, et qui est, comme toute

(g) Donellus, in tit. D. de verb. oblig., L. 72, n. 25 sq., n. 50 sq. — La plupart des auteurs modernes l'ont suivi; quelquefois cependant en s'en écartant dans les détails. Cf. Rib-

bentrop, p. 223-227, p. 231, Scheurl, p. 35-37, p. 40, p. 102. — Déjà même Sc. Gentilis, l. c., à la fin du dernier chapitre, adopte brièvement la même opinion.

dette de somme, parfaitement divisible, si bien que toute cette obligation, à partir du moment où elle peut faire l'objet d'une action, est à jamais divisible (*h*).

Cette théorie tout entière me paraît devoir être rejetée par les motifs suivants :

D'abord plusieurs textes, appuyés par un rescrit impérial, traitent absolument de la même manière les obligations portant sur une servitude et sur un *opus* (*i*). Puisque l'obligation portant sur une servitude est indivisible depuis le commencement jusqu'à la fin, ce que personne ne révoque en doute, et pèse avec un caractère de solidarité sur plusieurs débiteurs (notes *a*, *b*), il faut nécessairement admettre aussi la même doctrine pour l'obligation portant sur un *opus*.

En second lieu, les textes disent expressément de plusieurs débiteurs isolés d'un *opus* : in soli-

(*h*) Toute cette interprétation aboutit à écarter la contradiction entre l'indivisibilité de l'*operis obligatio*, signalée au début par Ulpien (« *Idem puto, et si quis...* »), et la divisibilité admise ensuite par Tubéron (et soi-disant aussi par Ulpien). On cherche la conciliation dans les mots : « *si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.* » Ces mots signifieraient : aussitôt que le temps, pendant lequel était possible l'exécution, est expiré, la *faciendi obligatio* (indivisible) se transforme

en une dette d'argent (divisible) — On cherche un point d'appui qui n'est qu'apparent, dans les *L. 14, L. 84 de V. O.* (45, 1), d'après lesquelles sans doute l'action ne peut être intentée qu'autant que l'exécution n'est plus possible. Mais ces textes ne disent nullement qu'à partir de ce moment la nature et l'objet de l'action se transforment.

(*i*) *L. 11 § 24 de leg. 3* (32, un.), *L. 80 § 1 ad L. Falc.* (35, 2), *L. 72 pr. de V. O.* (45, 1), aux mots : « *Idem puto, et si quis....* »

dum tenentur (k). Or, cette expression, non-seulement dans notre matière actuelle, mais partout où il s'agit de dettes corréales, ne signifie pas autre chose, sinon que chaque débiteur, pris isolément, est dans la nécessité de se laisser actionner et condamner pour toute la dette, ce qui est en contradiction avec la théorie de Doneau.

Doneau essaie de prévenir cette objection en donnant ici à l'expression *in solidum tenentur* un sens tout différent et purement arbitraire. Elle signifierait que si un des débiteurs voulait écarter l'action par une prestation volontaire, il devrait accomplir l'*opus* tout entier; ce n'est pas à l'étendue et au résultat de l'action elle-même que l'expression se rapporterait (l).

Enfin, cette théorie paraît encore plus inacceptable, quand on examine à partir de quel moment et en vertu de quel principe doit s'opérer la prétendue transformation de l'obligation. L'obligation solidaire est partout un avantage pour le

(k) L. 11 § 23 de leg. 3 (32, un.), L. 80, § 1 ad L. Falc. (35, 2) L. 85 § 2 de V. O. (45, 1).

(l) On pourrait chercher un appui bien faible à cette assertion dans les circonstances spéciales du cas juridique, auquel a trait le rescript. de la L. 11 § 23 de leg. 3 (32, un.). Les empereurs veu-

lent seconder la bonne volonté de Procula, qui demande à éviter l'action au moyen d'une prestation volontaire. Si malgré cela l'action eût été délivrée contre Procula, il aurait certainement fallu la condamner à payer en argent la valeur totale de l'*opus*.

créancier, un inconvénient pour le débiteur. C'est de cette situation désavantageuse que les débiteurs devraient être affranchis au moment même où on peut leur reprocher une négligence blâmable, une violation de droit désormais prouvée. Une transformation de l'obligation opérée en sens inverse se comprendrait évidemment mieux que celle-ci. — Il faut encore faire cette observation particulière, qu'on ne trouve pas de cas où une obligation qui a commencé par être solidaire perde ce caractère dans la suite et se transforme en une obligation divisée.

La force de ces motifs aurait difficilement laissé prise à l'ensemble de l'interprétation que nous venons d'examiner, si on n'avait pas voulu nécessairement identifier l'opinion d'Ulpien, qu'il expose en employant ses propres expressions (« idem puto, » etc.), avec l'opinion de Tubéron, qu'Ulpien serait censé avoir également adoptée : c'était là un problème difficile, qu'on croyait pouvoir résoudre au moyen de la distinction ci-dessus établie, de deux phases successives dans le même rapport de droit. Mais précisément cette supposition doit être absolument écartée. Quand les anciens jurisconsultes citent une décision qui leur est étrangère, pour s'en servir comme expression de leur propre opinion, il arrive ordinairement qu'ils ne

se prononcent pas eux-mêmes sur la question de droit qui leur est proposée; ils laissent parler pour eux un autre écrivain (qu'ils approuvent tacitement). Mais dans notre texte, Ulpien avait déjà adopté une solution à lui, et, sans indiquer même un doute, s'était prononcé sur la question elle-même; ce n'était donc plus dans ce but qu'il pouvait citer une décision étrangère : c'était peut-être seulement pour fortifier sa propre opinion, ou, à l'inverse, pour montrer que la question était controversée. — Si nous pesons sans parti pris ces circonstances, nous arriverons à expliquer l'ensemble du texte de la manière suivante, aussi simple et aussi naturelle qu'elle est satisfaisante au point de vue complet de la question actuelle. Ulpien dit d'abord que l'obligation portant sur l'établissement d'une servitude est indivisible. Il ajoute que le même principe est absolument applicable (*idem puto*) à l'obligation portant sur un *opus*. Par ce moyen tout est résolu, et Ulpien se trouve en parfait accord avec tous les autres passages du Digeste, sauf qu'il ne mentionne pas les conséquences forcées de cette indivisibilité (solidarité et recours), mais il les laisse tacitement supposer. Puis, à la fin du texte, il ajoute, comme simple curiosité scientifique, un complément dont le sens est le suivant :

« Il faut cependant observer que, d'après le récit de Celsus, Tubéron a jadis émis une tout autre opinion. D'après lui l'obligation portant sur un *opus* (« *ubi quid fieri stipulemur* ») doit, quand cet ouvrage n'est pas exécuté, se transformer immédiatement en une dette d'argent (« *pecuniam dari oportere* »), et devenir divisible comme toute dette de somme. Celsus ajoute que, d'après cette opinion de Tubéron, l'action elle-même devrait porter sur la valeur de l'*opus* estimée en argent » (m).

D'après cette explication il n'est pas question dans tout le passage d'Ulprien d'une condition, différente selon les époques, de l'*operis obligatio*, mais de deux opinions opposées, absolument inconciliables, dont l'une n'est citée que comme une singularité d'une époque très-reculée, et dont on ne parle presque plus (n). C'est ainsi qu'on met

(m) Cette observation finale est importante, en ce qu'elle montre clairement que Tubéron a eu en vue une pure *operis stipulatio*, sans adjonction d'une clause pénale. Car ce n'est pas à côté d'une *pœnæ stipulatio* qu'il peut s'agir d'une estimation de la valeur. Cf. note p.

(n) Pour fortifier cette interprétation, on peut encore invoquer les circonstances suivantes. Quand Ulprien et ses contemporains veu-

lent, pour l'éclaircissement de questions pratiques, invoquer des autorités très-reculées, ils ne remontent pas facilement jusqu'aux fondateurs des deux écoles (Labéon et Capiton), moins encore jusqu'aux écrivains du temps de la république. En outre Ulprien ne s'est pas même donné la peine d'examiner l'ouvrage même de Tubéron; il ne le cite que d'après Celsus, qui, du reste, est aussi bien éloigné d'accorder expres-

hors de doute la condition identique des obligations portant sur une servitude et sur un *opus*.

III. Obligation portant sur une abstention indivisible (§ 32, *z*, *aa*, *bb*).

Le principe est ici le même que dans les cas précédents. Quand donc un seul des codébiteurs entreprend l'acte dont il a promis de s'abstenir, tous sont obligés *in solidum*; car la personne qui trouble le créancier dans la légitime prétention qu'il a d'empêcher l'acte lui est indifférente. — Au point de vue du recours entre les codébiteurs, il existe, au contraire, une différence qui repose sur la nature des choses et qui est la suivante. Dans les obligations qui précèdent (servitude et *opus*), l'effet du recours est de faire supporter *pro rata* à chaque codébiteur la prestation adjugée au créancier demandeur; par conséquent, chaque cohéritier est tenu en proportion de sa part héréditaire. Dans l'obligation qui porte sur une abstention indivisible, l'effet du recours est de faire supporter exclusivement à l'auteur seul de la violation du droit la prestation que peut exiger le

sément son assentiment à Tubéron. Enfin il faut remarquer encore que les écrits de Tubéron étaient peu goûtés à cause de leur style suranné. L. 2 § 46 de O. J.

(1, 2). — Le seul auteur moderne chez lequel je trouve l'explication que je viens de donner est Merenda, controvers. Lib. 8, C. 28.

créancier et d'en affranchir complètement les autres codébiteurs (o).

Si nous jetons un regard en arrière sur les cas d'obligations indivisibles (servitude, *opus*, abstention) ici rassemblés, nous trouvons partout répété un seul et même principe : plusieurs débiteurs sont tenus *in solidum*. Il est important cependant de ne pas perdre de vue que ce principe n'est applicable que quand en réalité ces obligations indivisibles sont considérées comme telles, c'est-à-dire quand la stipulation elle-même porte sur une servitude, un *opus*, une abstention. Il en est tout autrement quand ces prestations sont non pas *in obligatione*, mais *in conditione*, c'est-à-dire quand une peine pécuniaire a été promise pour le cas où la servitude ou l'*opus* ne serait pas établi, ou pour celui où l'abstention n'aurait pas lieu. Car alors l'obligation elle-même porte sur le

(o) L. 2 § 5, L. 3 pr. § 1, L. 4 pr. § 1, L. 85 § 3. L. 131 pr. de V. O. (45, 1), L. 25 § 12, L. 44 § 5 *fam. herc.* (10, 2). — Des auteurs modernes ont souvent élevé un doute mal fondé en se méprenant dans la L. 4 § 1 de V. O. (45, 1), sur la construction des mots :

« Sed videamus ne, » etc. Il faut bien se persuader que, dans ce texte, Paul, loin d'être en contradiction avec Caton, est complètement d'accord avec lui. Ce point a été développé d'une manière très-satisfaisante par Scheurl, p. 26-29.

paiement d'une somme, et une obligation de cette espèce est toujours divisible (p).

Les règles que nous venons de poser sur la situation de plusieurs débiteurs dans les obligations indivisibles peuvent faire considérer comme éclairci un point que nous avons réservé plus haut dans la théorie des dettes corréales (§ 16, b, et § 17, a). On peut regarder cette situation comme constituant une véritable dette corréale proprement dite dans le sens le plus strict du mot, et elle a tout à fait la même nature que dans le cas où une stipulation fait naître des *duo rei promittendi* : car, en réalité, c'est une seule et même obligation qui se rapporte pour le tout et sans division possible à plusieurs débiteurs. Le cas est donc essentiellement différent de celui d'une dette corréale improprement dite, dans laquelle plusieurs obligations, indépendantes les unes des autres, sont dans un tel rapport de réciprocité, que l'extinction de l'une anéantit immédiatement l'autre en lui enlevant son objet (§ 16, c, § 20, 21).

Les cas qui sont exposés ici sont donc, en réalité, de telle nature, qu'ils engendrent une vérita-

(p) Cf. plus haut § 31, o.

ble dette corréale sans que les parties intéressées expriment leur volonté à cet égard, c'est-à-dire *ipso jure* (q).

La justesse de cette supposition devient surtout évidente quand on examine en particulier l'un des cas dont nous nous occupons, ainsi celui où il existe à l'origine plusieurs débiteurs dans une obligation indivisible (note b). Dans ce cas, les auteurs de la dette pouvaient créer expressément un véritable rapport de corréalité; mais comme une dette divisée était impossible (§ 33) à établir, il est tout naturel de supposer qu'on a eu effectivement conscience de cet état de choses, et qu'on a voulu créer une véritable dette corréale; seulement, on ne l'a pas dit expressément.

§ 35.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES (suite).

B. Condition pratique des obligations indivisi-

(q) Ribbentrop, § 21-24 (spécialement p. 241), ne veut voir entre ces cas qu'une grande analogie, sans leur attribuer le même caractère générique; il y aurait même entre eux une différence essentielle. Mais tout ce qu'il dit dans les § 4-6, sur l'idée de la dette corréale proprement

dite, convient parfaitement à notre hypothèse, et même parmi les conséquences pratiques de la dette corréale, telles qu'elles ont été présentées plus haut (§ 18, 19), je n'en connais pas une seule qui ne fût pas complètement applicable à cette hypothèse.

bles quand il y a plusieurs créanciers (cf. § 33, 34).

I. Etablissement d'une servitude.

Quand le créancier meurt et laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux peut agir *in solidum* (a); mais le défendeur n'est pas condamné à la totalité : il n'est condamné qu'à une partie du tout correspondante à la portion héréditaire du demandeur (b). On suppose évidemment qu'ensuite chaque cohéritier intentera l'action de la même manière et en tirera un résultat identique.

De même quand, dès l'origine, il y a dans une obligation de ce genre plusieurs créanciers, chacun d'eux peut agir *in solidum* (c), et il nous faut sans hésiter compléter cette règle par les propositions plus précises que nous venons d'émettre pour le cas de plusieurs cohéritiers (d). A propos de ce dernier cas, il est bon d'observer encore l'analogie qu'il présente avec celui où une servitude déjà constituée appartient à un immeuble qui a pour le moment plusieurs copropriétaires. Chacun d'eux peut intenter *in solidum* l'action

(a) L. 2 § 2 de V. O. (45, 1), L. 17 de serv. (8, 1). L. 25 § 9 *fam. herc.* (10, 2).

(b) L. 25 § 9 *fam. herc.* (10, 2).

(c) L. 19 de S. P. R. (8, 3).

(d) Cette assimilation souffre d'autant moins de difficulté, qu'à

la fin de la L. 19 cit., les deux cas sont réunis comme présentant une identité telle, que de la règle applicable à un des cas, le jurisconsulte tire un argument pour établir la règle de l'autre cas.

confessoire; mais la condamnation ne porte que sur la somme correspondante à l'intérêt personnel du demandeur, c'est-à-dire à sa part de propriété dans l'immeuble. La même action appartient ensuite à chacun des autres propriétaires, qui peuvent même invoquer en leur faveur le succès qu'a obtenu leur copropriétaire dans le procès qu'il avait intenté avant eux (e). On peut étendre sans difficulté cette dernière proposition au cas dont nous nous occupons; car, dans les textes cités, les deux actions (personnelle et confessoire) sont traitées avec une parfaite identité.

Parmi les règles ici posées, il s'en trouve une qui est de nature à soulever des doutes à différents points de vue. Comment se fait-il que chaque créancier, quoique agissant *in solidum*, n'obtienne cependant pas le tout par le jugement, mais seulement une partie? Ce résultat s'explique avant tout par la conception des anciennes formules, et spécialement par la conception de l'*intentio*. Car si le demandeur avait voulu faire porter son *intentio* sur une partie de toute l'obligation (ainsi sur *viam dari oportere pro parte dimidia* ou *tertia*), il aurait avancé un non-sens

(e) L. 4 § 3 si serv. (8, 5). Cf. p. 479 (p. 486, trad.).
Savigny, *Systeme*, t. 6, § 301,

et une impossibilité, attendu qu'on ne peut concevoir de parties dans une servitude de cette nature. C'est ce qu'il fallait avant tout éviter : aussi l'*intentio* portait tout simplement sur *viam dari oportere*, et on évitait que cette expression ne fût obtenir au demandeur plus que ce qui lui était dû, au moyen de la rédaction restrictive de la *condemnatio*.

Mais un autre résultat pratique important se rattachait à cette conception de l'*intentio*. Si le défendeur était condamné, le juge avait par là reconnu l'existence de l'obligation tout entière, et les cocréanciers qui agissaient ensuite, pouvaient invoquer la force de chose jugée, attachée à cette décision, aussi bien que dans l'action confessoire (note e).

Il semble au contraire qu'à un autre point de vue, cette même conception de l'*intentio* aurait dû avoir pour les cocréanciers une conséquence très-dangereuse. Elle déduisait *in judicium* toute l'obligation ; par conséquent, elle la consommait : donc (à ce qu'il semble) les autres créanciers ne pouvaient plus agir (§ 19, a, b). Il est évident que telle n'était pas l'intention des parties, et que tel ne pouvait pas être le résultat effectif de l'action. Mais par quel procédé parvenir à se préserver de ce danger ? On pourrait croire que les deman-

deurs subséquents obtenaient pour chaque instance une restitution ; mais il n'est pas vraisemblable qu'on eût posé une semblable règle, et qu'on n'eût eu pour se tranquilliser sur ses conséquences dangereuses et même illogiques, que la perspective d'une restitution possible. — Je crois bien plutôt qu'il n'était nullement nécessaire d'obtenir une restitution dans ce cas, vu que les formes connues de l'ancienne procédure offraient un moyen régulier et suffisant de protection. Quand quelqu'un voulait réclamer une seule des parties d'une créance périodique, son *intentio* portait de même sur la totalité de la créance. Mais pour empêcher la consommation du droit tout entier, y compris les échéances à venir, il plaçait en tête une *præscriptio* en ces termes : *ea res agatur, cujus rei dies fuit* (f). De même dans notre cas on aurait pu accorder une *præscriptio*, par exemple, en ces termes : *ea res agatur de eo, quod* (ou *quanti*) *Seii interest*. Ces deux *præscriptiones* auraient eu un but identique, celui de prévenir les dangereuses conséquences qui seraient résultées de la conception large et inévitable de l'*intentio* (g).

(f) Gaius, Lib. 4, § 130-137.

(g) On pourrait croire que dans

ce cas on se serait garanti, en faisant porter une *incerta intentio*

II. Construction d'un *opus*.

Quand le créancier qui s'était fait promettre un *opus* mourait en laissant plusieurs héritiers, alors pouvait s'élever la question de savoir comment ceux-ci devraient poursuivre leurs droits. Il en était de même quand la promesse de l'*opus* avait été faite originairement à plusieurs personnes en même temps.

Je ne trouve aucun renseignement sur ces questions dans nos sources de droit. Mais je n'hésite pas à leur appliquer absolument les mêmes règles, qui viennent d'être posées à propos des servitudes. Ainsi chaque créancier agit séparément *in solidum* ; mais le débiteur n'est condamné qu'à la part qui revient personnellement à ce demandeur dans toute la créance.

III. Abstention indivisible.

Quand le créancier meurt en laissant plusieurs héritiers, et que le débiteur contrevient à la convention, chaque héritier ne peut agir isolément qu'en tant qu'il a personnellement éprouvé un préjudice par suite de ce trouble.

sur la personne seule du demandeur actuel, expédient qui était bien employé dans d'autres cas difficiles (Keller, Zeitschrift (Revue) xv, 147) ; mais il aurait été impossible d'appeler une pareille action une *actio in solidum*. Je me figure toute la formule

ainsi conçue, en supposant que le défunt s'appelât A. *Agerius*, et l'héritier demandeur *Seius* : ea res agatur de eo, quod Seii interest. Si paret, N. Negidium heredibus A. Agerii viam per fundum Cornelianum dare oportere, quanti ea res est, condemna.

Quand une stipulation est ainsi conçue : *per te non fieri, quo minus ire agere liceat*, et qu'après la mort du créancier, un des héritiers est troublé dans l'usage du chemin, celui-ci peut agir; mais les cohéritiers qui n'ont pas été troublés ne peuvent pas agir (*h*).

A propos des cas que nous venons de réunir ici, il faut rappeler l'observation que nous avons déjà faite plus haut (§ 33), à savoir, que les créanciers qui sont plusieurs peuvent faciliter et simplifier la poursuite de leur créance, en agissant ensemble par l'intermédiaire d'un procureur commun, qui fait valoir le droit par une seule action.

Cette considération enlève même toute force aux difficultés pratiques qu'il serait possible d'élever contre les règles énoncées dans le présent paragraphe, et surtout contre la manière différente de traiter les débiteurs et les créanciers dans les obligations indivisibles.

(*h*) L. 2 § 6, L. 3 pr., L. 4 pr. de V. O. (45, 1).

§ 36.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DIVISIBLES
ET INDIVISIBLES (suite).

Pour terminer la théorie des obligations indivisibles, il nous reste à répondre à la question de savoir si cette théorie peut encore être regardée comme entièrement applicable dans le droit actuel.

La décision à donner sur cette question dépend en grande partie de l'intelligence du droit romain lui-même, et sur ce point j'ai déjà été plusieurs fois obligé de protester contre les opinions dominantes (§ 32, 34). Il me faut encore pousser plus avant cette protestation, afin de défendre, contre plusieurs objections d'auteurs modernes, la possibilité d'appliquer aujourd'hui cette théorie.

D'après une opinion très-répandue, une grande partie des règles admises ici par les Romains a sa base dans le vieux système formulaire qui n'est plus applicable aujourd'hui, tandis que d'après mon opinion les Romains ont pris comme point de départ l'examen le plus simple et le plus naturel de la matière; et les principes ne peuvent être essentiellement différents chez nous.

On fait remarquer surtout que la rigueur particulière, et inconnue chez nous, de la stipulation romaine, a exercé une grande influence sur cette théorie. L'idée de cette influence purement apparente a son origine uniquement dans la circonstance tout accidentelle et indifférente que les jurisconsultes romains ont l'habitude de traiter cette matière à l'occasion de la théorie générale des stipulations. Un examen impartial de ce point doit nous convaincre que, dans les contrats non solennels, ni l'idée des obligations indivisibles, ni leur condition pratique ne peut avoir revêtu un autre caractère que dans les stipulations. Ainsi la constitution d'une servitude de passage peut être promise par stipulation ; l'obligation est alors indivisible et plusieurs héritiers du débiteur sont tenus *in solidum* (§ 34 a). Mais une obligation absolument semblable peut être créée par un contrat de vente qui est dénué de toute forme (§ 32 d), et il n'y a aucun motif pour admettre ici un résultat différent. L'obligation n'en est pas moins indivisible et les héritiers du vendeur sont nécessairement aussi obligés *in solidum*. — Quand l'entrepreneur d'une construction s'oblige par stipulation, l'obligation est indivisible et passe *in solidum* contre les héritiers du débiteur (§ 34, d, e). Mais la même obligation peut naître

sans stipulation, à la suite d'une *operis locatio*, dénuée de toute forme, et il n'y a non plus aucune raison pour traiter ce cas autrement que celui de la stipulation.

Cependant on a encore fait un pas de plus. Non-seulement on a donné à l'influence mystérieuse de la stipulation, par opposition aux conventions non solennelles, une grande part dans la théorie romaine des obligations indivisibles; mais même on a été jusqu'à prétendre que les stipulations conventionnelles, par opposition aux stipulations prétoriennes, avaient exercé une influence toute particulière sur cette théorie, et que c'était un motif de plus pour restreindre l'application actuelle de la théorie romaine. Les stipulations prétoriennes, a-t-on dit, ne doivent pas être soumises à la rigueur extrême des premières; la sage équité doit trouver chez elles un accès plus facile, ce qu'on reconnaît déjà à la mention du *vir bonus* faite à leur propos; et c'est ainsi qu'à leur égard on signale mainte exception aux prétendues règles des Romains sur les stipulations conventionnelles (a). Je ne trouve pas dans les expressions des anciens jurisconsultes le moindre vestige suscep-

(a) Scheurl, p. 83-85. Il s'appuie sur les L. 3 § 6, 7 si cui plus (35, 3), L. 12, 17, 18 jud. solvi (46, 7).

tible de faire admettre ces prétendues différences pratiques ; il faut même complètement rejeter, selon moi, les motifs sur lesquels on prétend les fonder. Dans les cas de stipulations conventionnelles, on raisonne également en se basant sur une judicieuse équité, et même il est expressément permis au *vir bonus* d'y faire prévaloir ses idées de douceur et d'humanité (b).

Enfin, on attribue même encore une valeur spéciale à l'ancien contraste du *certum* et de l'*incertum*, qui d'ailleurs est étranger à notre droit actuel. Tout *incertum*, en tant qu'il est l'opposé d'une stipulation, doit, dit-on, être complètement indivisible (c). Cette supposition ne repose absolument sur aucune base. La stipulation d'un usufruit est *incerta*, à cause de l'incertitude de la durée de la vie ; la stipulation d'intérêts est *incerta*, à cause de l'incertitude de la durée de la dette principale (d). Cependant ces deux stipulations sont incontestablement divisibles.

Toutes les raisons données jusqu'ici mettent

(b) L. 137 § 2, 3 de V. O. (45, 1). Dans le § 2, il est dit : « Cum ita stipulatus sum, Ephesi dari... magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est ad bonum virum,

remittamus, » etc.

(c) Rubo, p. 31, 52. Scheurl, p. 50, le réfute à bon droit.

(d) L. 75 § 3, 0 de V. O. (45, 1).

donc hors de doute l'application actuelle et illimitée de la théorie romaine des obligations indivisibles. Il reste toutefois un point important, à propos duquel nous sommes forcés de donner à cette application un sens un peu différent de celui que lui attribuaient les anciens jurisconsultes.

Du temps des anciens jurisconsultes, toute condamnation et toute exécution ne portaient que sur de l'argent comptant, et c'est en partant de ce point de vue qu'il nous faut comprendre toutes les règles des Romains que nous avons développées jusqu'ici à propos des obligations indivisibles. Ce principe important a déjà disparu dans le droit de Justinien ; la condamnation porte immédiatement sur l'objet de l'action : il en est de même de l'exécution, en tant que cela est possible, et ce changement considérable a encore été complété et développé dans la procédure actuelle (e).

L'influence de ce changement sur la condition pratique des obligations indivisibles n'a pas manqué d'être signalée déjà par nos auteurs (f). Nous allons examiner avec soin quel est aujourd'hui

(e) Savigny, *Système*, t. 6, § 287, b, e.

(f) Ribbentrop, p. 184, Scheurl, p. 109. D'ailleurs

ils ne s'accordent que sur la question de formes : ils s'écartent tout à fait l'un de l'autre sur le résultat pratique.

l'effet de cette influence sur les règles pratiques exposées plus haut (§ 34, 35).

A. Cas de plusieurs débiteurs.

I. Constitution d'une servitude.

L'engagement solidaire, pesant sur chacun des débiteurs en particulier, reste toujours le même. Mais le droit romain en tirait ce résultat que le débiteur choisi comme devant être défendeur à l'action était obligé de payer toute la valeur pécuniaire de la servitude, valeur qu'il recouvrait ensuite partiellement de chacun de ses codébiteurs.

Dans le droit actuel la condamnation porte sur la constitution même de la servitude, et le défendeur est alors traité comme le représentant de ses codébiteurs. Si le défendeur ne veut ou ne peut procéder à l'exécution du jugement dans un délai qui lui est fixé (par exemple, à cause de la résistance de ses codébiteurs), alors le juge y procède directement. Pour y parvenir, il charge des experts de fixer la direction et l'étendue de la servitude, les parties intéressées dûment entendues ; puis la servitude ainsi déterminée est déclarée constituée par un jugement définitif. — Ce procédé se rattache directement à une règle tout à fait analogue de l'ancien droit. A propos d'une action divisoire le juge peut diviser un immeuble de telle sorte

qu'une servitude soit imposée à une portion pour l'avantage de l'autre portion, et dans ce cas le droit de servitude a pareillement et directement son origine dans le jugement (g).

II. Construction d'un *opus*.

L'engagement solidaire reste encore le même. Quant au jugement, il porte non pas sur le paiement de la valeur pécuniaire de l'*opus*, mais sur l'*opus* lui-même. Toutefois, il arrivera souvent que l'exécution ne pourra pas être obtenue au moyen d'une contrainte directe; peut-être même cette voie ne donnerait-elle pas satisfaction au demandeur. Alors tout se résoudra encore en un paiement en argent, en ce sens que, d'accord avec le demandeur, on donnera le travail à faire à un tiers au compte du défendeur condamné.

III. Abstention indivisible.

L'engagement solidaire subsiste encore ici. La violation de la convention ne donne lieu qu'à une indemnité.

Mais le demandeur peut exiger en même temps qu'une garantie lui soit donnée pour l'avenir contre de nouvelles violations; dans ce but, le dé-

(g) L. 22 § 3 *fam. herc.* (10, 2). Un usufruit pouvait être établi de la même manière. L. 6 § 1 *de usufr.* (7, 1), L. 6 § 10 *comm. dir.* (10, 3). *Fragm. Vatic.* § 47.

— L'*adjudicatio* suffisait donc pour constituer la servitude d'après le droit civil, et il n'y avait pas besoin d'une *in jure cessio*.

fendeur doit promettre une peine ou fournir une caution (*h*).

B. Cas de plusieurs créanciers.

I. Constitution d'une servitude.

Ici encore chaque créancier agit isolément, mais comme représentant des autres. La condamnation porte sur la servitude même, non sur de l'argent; et, par conséquent, il n'est pas question, comme dans le droit romain, d'une condamnation limitée à la part seule du demandeur.

II. Construction d'un *opus*.

Il faut appliquer ici la règle que nous venons d'émettre pour la servitude, toutefois en tenant compte des modifications introduites plus haut pour le cas de plusieurs débiteurs d'un *opus*.

III. Abstention indivisible.

La restriction du droit d'agir, limitée à celui-là seul qui a été lésé (§ 35, *g*), subsiste encore ici, et il faut appliquer de même la garantie pour l'avenir, que nous avons indiquée plus haut (note *h*).

(*h*) S'il n'est pas question de cette garantie dans le droit romain, cela tient à ce que la condamnation portait non pas sur l'intérêt que présentait la viola-

tion isolée, mais sur la valeur de toute l'obligation, dont on était ainsi affranchi vis-à-vis du demandeur.

§ 37.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS POSSIBLES
ET IMPOSSIBLES.

4. Une quatrième différence se présente dans la nature des prestations, en ce sens qu'elles peuvent être possibles ou impossibles.

L'importance pratique de cette différence est relative à la nullité de l'obligation qui résulte en principe de l'impossibilité de la prestation. Ce point sera bien plus convenablement traité quand nous en serons à la théorie de l'efficacité des conventions obligatoires. Mais il faut ici poser nettement les principes mêmes sur lesquels repose la différence que nous signalons.

Elle se rattache par les liens suivants à la nature générale de l'obligation. L'obligation a pour but de transformer en actes nécessaires et certains des actes volontaires qui ne sont en eux-mêmes que des événements accidentels et incertains (§ 2). Mais si l'acte qui constitue la prestation dans une obligation est impossible, cette circonstance répugne au caractère que nous venons d'assigner à l'obligation. Nous pourrions appliquer la même observation aux actes déjà nécessaires par eux-

mêmes, en ce sens que l'obligation ne peut pas les transformer en actes nécessaires, et nous avons précisément reconnu que c'était là son but; seulement, ce dernier rapport est d'une importance pratique si faible, qu'il est inutile d'en faire une mention plus étendue.

Les prestations impossibles (de même que celles qui sont nécessaires par elles-mêmes) dans une obligation, ont une étroite affinité avec les conditions impossibles et nécessaires. Les explications détaillées que nous avons déjà données sur ces dernières à un autre endroit (a) peuvent donc, en grande partie, être transportées dans la théorie des prestations impossibles, ce qui permet de traiter ici cette matière plus brièvement.

L'impossibilité d'une prestation peut avoir sa source aussi bien dans des motifs naturels que juridiques (b). — L'impossibilité naturelle se présente quant aux choses qui n'ont jamais eu d'existence, ou qui ont cessé d'exister, ou qui ne peuvent en aucune façon exister (c). — Il y a impossibilité juridique quand l'obligation a pour but de procu-

(a) Savigny, *Système*, t. 3, § 121-124.

(b) L'expression générale est : *Impossibile, ou quod. natura fieri non concedit*. L. 35 pr. de V. O. (45, 1), L. 31, 185 de R. J. (50, 17).

(c) § 1, 5 J. de inut. stip. (3, 19), L. 15 pr. de contr. emt. (18, 1), L. 69, L. 97 pr. de V. O. (45, 1). — Exemples : Promesse de donner un *hippocentaurus* : Promesse de donner un cheval, quand ce cheval est déjà mort.

rer la propriété de choses qui ne peuvent être l'objet d'une propriété, ou qui sont déjà la propriété du créancier (*d*). Il en est de même de l'obligation qui aurait pour objet la conclusion d'un mariage entre personnes qui ne peuvent se marier ensemble (*e*). :

On peut assigner un caractère analogue à tout acte qui est contraire à la loi ou à la morale (*f*). Sans doute on ne doit pas entendre cette proposition, comme on le fait souvent même dans la théorie des conditions, en ce sens qu'un acte de ce genre serait juridiquement impossible. Car le délit même est parfaitement possible; seulement il est défendu et réprimé par une peine (*g*). Mais les faits contraires au droit et à la morale sont mis absolument sur la même ligne que les faits impossibles, en ce sens qu'ils ne peuvent pas devenir l'objet d'une obligation efficace; une des conséquences de ce principe est qu'on ne pourra jamais invoquer la protection de la justice pour en assurer l'exécution.

(*d*) § 2 *J. de inut. stip.* (3, 19),
L. 82 pr., L. 103 de V. O. (45, 1),
L. 182 de R. J. (50, 17)

(*e*) *L. 35 § 1 de V. O.* (45, 1).

(*f*) *L. 26, L. 27 pr. de V. O.*
 (45, 1), *L. 15 de cond. inst.* (28,
 7), *L. 4 C. de inut. stip.* (8, 39).

— L'expression générale est :
turpe, contra bonos mores. Les vio-
 lations de droits, et spécialement

les délits, n'en sont que des appli-
 cations isolées.

(*g*) La bigamie, de même que
 le mariage entre frères et sœurs,
 est juridiquement impossible.
 L'adultère est parfaitement pos-
 sible, mais il est immoral, con-
 traire au droit et frappé d'une
 peine. Cf. *Système*, t. 3 § 122.

Il reste encore à faire sur ce point une distinction d'une importance toute particulière. L'impossibilité peut se fonder soit sur la nature de l'acte en lui-même, soit sur la position personnelle et spéciale du débiteur. C'est la première espèce d'impossibilité (objective), celle à laquelle se rapportent toutes les applications que nous avons présentées jusqu'à présent, qui est seule regardée comme impossibilité. La seconde espèce (subjective) ne peut en aucune façon être invoquée comme telle par le débiteur, et elle ne le soustrait pas aux conséquences fâcheuses qui peuvent résulter d'une obligation volontairement inexécutée. L'application la moins douteuse de ce dernier cas se présente à propos du débiteur d'une somme d'argent, qui n'a ni argent, ni crédit pour s'en procurer. Car il y a de l'argent partout, et la circonstance que ce débiteur ne peut pas fournir l'argent qu'il s'est obligé à payer, tient simplement à sa position personnelle.

Cette distinction importante est développée par Vénuléius de la manière suivante (h). Il appelle l'impossibilité objective, qui doit seule être prise en considération, l'*impedimentum naturale*, et la subjective, qui ne doit pas produire d'effet, la *fa-*

(h) L. 137 § 4, 5, de V.O. (45, 1).

cultas dandi. Voici ce qu'il dit de cette dernière : Est autem facultas, personæ commodum incommodum, non rerum, quæ promittuntur... Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet. Pour fortifier la vérité de sa proposition, il cite deux conséquences absurdes et incontestablement erronées, qu'il faudrait admettre, si on ne voulait pas accepter cette proposition. L'une, qui est tout à la fin du texte, est celle-ci : ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. — L'autre, un peu plus délicate, se trouve au milieu du texte. Elle est ainsi conçue : Et alioquin, si qui Stichum dari sponderit, quæremus, ubi sit Stichus : ut sic (i) non multum referre videatur, *Ephesi daturum se*, an (quod Ephesi sit, cum ipse Romæ sit) *dare* spondeat : nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet. Vénuléius veut dire : Quand on promet à Rome par stipulation de manciper l'esclave Stichus, qui est précisément à Éphèse à ce moment-là, et que la stipulation porte simplement sur *dare*, le débiteur doit supporter la peine et les frais du

(i) Ceci est la leçon de la Vulgate. La leçon de la Florentine :

aut si est tout à fait un non-sens.

transport jusqu'à Rome; car s'il n'a pas déjà, en ce moment, à sa disposition l'esclave à Rome, cela tient uniquement à sa *facultas* et *difficultas* personnelles. Si au contraire la stipulation est ainsi conçue : *Ephesi daturum se*, il suffit que le débiteur fasse la mancipation à Éphèse. Si on ne voulait pas (dit Vénuléius) admettre la distinction entre la *facultas dandi* et l'*impedimentum naturale*, ou serait amené forcément à attribuer le même effet aux deux stipulations ici mentionnées, ce qui serait absurde (*ut sic non multum referre videatur*).

§ 38.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DÉTERMINÉES ET INDÉTERMINÉES. PRESTATIONS ALTERNATIVES.

Entre l'indétermination absolue et la détermination également absolue, on peut supposer une infinité de nuances. Prenons d'abord le cas de l'indétermination absolue, qui peut s'exprimer ainsi : On a promis de fournir «quelque chose.» Il est tout d'abord évident qu'ici d'une part, toute base pour une contrainte judiciaire fait complètement défaut, et que, d'autre part, il manque à la fois chez le débiteur une intention sérieuse de

s'obliger, et chez le créancier une espérance ayant quelque fondement. On ne peut expliquer l'engagement apparent pris en ces termes qu'en supposant, ou bien qu'il était la manifestation de l'intention non encore suffisamment mûrie d'une obligation à venir, ou que les parties avaient en vue une prestation positive, qu'elles ont par inadvertance omis d'indiquer. Aussi faut-il, quelle que soit celle de ces suppositions qu'on adopte, nier absolument l'existence d'une obligation.

Mais il ne faut aucunement restreindre cette observation au cas que nous venons de mentionner. Elle est pareillement applicable à maintes autres hypothèses où se présente une détermination apparente, et elle y produit le même résultat, c'est-à-dire la négation de l'existence de l'obligation. On cite comme rentrant dans cette classe les cas suivants : une personne qui promet de donner du blé, sans dire combien, ou de donner un immeuble, ou de construire une maison, sans dire ni en quel endroit, ni de quelle grandeur (a). Une stipulation de cette espèce s'appelle *imperfecta*, et comme motif de son inefficacité, on allègue cette circonstance que les parties

(a) L. 94, 95, 115 *pr de V. O.* de legs, L. 9 § 4 *de j. dot.* (23, 3).
 (45, 1), L. 69 § 4 *de j. dot.* (23, 3)
 — Il en est de même en matière L. 71 *pr. de leg.* 1 (39, un.)

avaient en vue une détermination plus précise, mais qu'elles l'ont omise par inadvertance (b).

Mais tous différents sont les cas dans lesquels l'objet de l'obligation a été laissé à dessein dans l'indétermination à un certain point de vue, de sorte qu'on s'en remet à la volonté de l'une ou de l'autre des parties pour compléter cette absence de détermination. Dans ces cas, il y a une obligation valable, efficace; il faut simplement poser des règles sur le droit relatif à la fixation de cette détermination, et sur les conséquences qui s'y rattachent (c). Il se présente quatre cas

(b) *L. 115 pr. de V. O. (45, 1).* « ...si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio. » etc. — *L. 94 eod.* « Triticum dare oportere stipulatus est aliquis... si, cum destinare genus et modum vellet, et non fecit, nihil stipulatus videtur: igitur ne unum quidem modum. »

(c) Je ne crois pas qu'il faille identifier l'une ou l'autre de ces deux classes d'obligations avec la *stipulatio certa* et *incerta* des Romains, *L. 74, 75, 68 de V. O. (45, 1)*. *Incerta* indique une stipulation, dont le résultat pratique et la valeur pécuniaire sont tout d'abord incertains pour le créancier, alors même que le rapport de droit serait parfaitement certain et déterminé. Ainsi la stipulation d'un usufruit est *incerta* (*L. 75 § 3 de V. O.*) parce que la valeur de ce droit dépend de la durée tout à fait accidentelle de la vie de l'ayant droit; il en est de

même de la stipulation d'intérêts (*L. 75 § 9 de V. O.*), parce que la restitution du capital, qui pouvait toujours avoir lieu, rend incertaine la somme des intérêts. La raison qui avait amené les Romains à faire cette division était, à ce qu'il semble, plutôt théorique que pratique; surtout si l'on considère que la possibilité du danger du *plus petere* dépendait non pas de la *certa stipulatio*, mais simplement de la *certa intentio* de l'action (Gaius, iv, 53, 54, Système, t. 5, Appendice, xiv, n° xxxii-xlvi). Or, l'*incerta stipulatio* de l'usufruit pouvait avoir une *certa intentio* (toutefois aussi une *incerta* selon les circonstances); de même la stipulation d'intérêts; de même la stipulation alternative, qui en principe était *incerta* à cause du droit de choisir accordé au débiteur (*L. 75 § 8 de V. O.*) Dans tous ces cas d'ailleurs le danger du *plus-petere* existait (cf. § 33 *J. de act. 4, 6*). — Sur l'ensemble de cette question, et

importants de cette espèce, que nous allons maintenant développer séparément.

A. Obligations alternatives.

B. Obligations de genre.

C. Quantités.

D. Dettes d'argent.

A. Obligations alternatives.

AUTEURS.

J. N. Hertl. diss. de electione et obligatione alternativa debitori debita. 1699. Comm. et opusc., vol. 1, t. 3, 233-347.

Vangerow, p. 17-31.

Nous appelons alternative une obligation qui a pour objet l'une d'entre plusieurs prestations isolées et distinctes, en sorte que le choix à faire entre elles reste d'abord dans l'indétermination ; ce choix devra se fixer à la suite d'une manifestation de volonté, au moment où l'obligation produira son effet (d). *Alternativus* n'est

spécialement sur cette idée qu'on employait parfois pour des raisons de nécessité pratique une *incerta intentio* au lieu de la *certa*, cf. les très-judicieuses observations de Keller dans la *Zeitschrift* (Revue), t. 15, p. 141 à 147.

(d) Nos auteurs rattachent à

cette *alternativa obligatio* l'*alternativa personarum* (obligation corréale), *remediorum* (concours d'actions), *pœnarum* (quand le juge a le choix entre plusieurs espèces de peines), et ainsi de suite Hertl., p. 234. Ce rapprochement n'offre pas d'utilité, car il

pas un mot latin : les Romains désignent ce cas non par une expression technique abstraite, mais toujours par des exemples. A la vérité, on trouve une fois *rerum alternatio* ; mais ce n'est pas comme expression technique : on veut seulement, dans un cas donné, établir le contraste avec une *locorum alternatio* (e). Si les Romains avaient trouvé utile ou nécessaire d'adopter une expression abstraite, l'analogie pourrait bien les avoir amenés à l'expression *disjunctiva stipulatio* (f).

La question la plus importante sur les obligations alternatives a trait à la personne qui a le droit de choisir ; il faut y faire une réponse différente, suivant les divers modes de formation de l'obligation ; après quoi il conviendra d'ajouter encore quelques règles générales.

1. Formation par contrat.

En principe, le débiteur a le choix. Une déclaration verbale ne le lie pas, de sorte qu'il peut changer d'idée jusqu'à ce qu'il ait accompli la prestation (g).

n'existe aucune liaison intime entre ces idées : on s'est borné à les désigner toutes par une expression commune formée arbitrairement.

(e) L. 2 § 2 de eo quod certo loco (13, 4). Cf. L. 74 § 4 de injuriis (47, 10), L. 9 pr. de servo corr. (11, 3), L. 8 § 5 de cond inst. (28, 5) (*alternata conditio*).

(f) L. 63 de V. O. (45, 1) : « ex duabus disjunctivis conditionibus. » L. 78 § 1 de cond. (35, 1). « Disjunctivo modo conditionibus adscriptis. » L. 124 de V. S. (50, 16), « disjunctiva oratio. »

(g) L. 138 § 1 de V. O. (45, 1) : « Cum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem

. Le motif de cette préférence donnée au débiteur est que l'essence propre de l'obligation consiste dans l'activité du débiteur (§ 2, c). Comme le contrat a laissé dans l'indétermination une partie de cette activité, la faculté a été par cela même réservée au débiteur de fixer cette indétermination selon son bon plaisir.

Et même le fait d'avoir presté en partie seulement l'un des objets n'anéantit pas le droit de choisir : le débiteur peut répéter la partie qu'il a fournie (h).

Au contraire, un constitut portant déterminément sur l'une des deux prestations emporte renonciation du droit de choisir (i). Si le créancier fait une acceptilation ou un pacte de remise touchant l'une des deux prestations, toute la dette est éteinte, à moins que le pacte ne contienne la réserve expresse de l'autre prestation (k).

Dans les textes cités il est surtout question de stipulations. Mais les mêmes règles s'appliquent aussi à d'autres contrats, dans lesquels le débi-

in eo, quod *præstaturus sis* » (aussi longtemps donc que la prestation complète n'est pas dans le passé). — L. 106 *cod.* : « *quandiu id, quod promissum est, solvatur.* » L. 75 § 8 *cod.*, L. 6 § 1 *de re jud.* (42, 1), § 33 *J. de act.* (4, 6).

(h) L. 26 § 13, 14 *de cond. ind.*

(12, 6), L. 21 § 6 *de act. emt.* (19, 1). Cf. plus haut § 32, *ce.*

(i) L. 25 *pr. de pec. const.* (13, 5).

(k) L. 27 § 3 *de pactis* (2, 14). L'obligation alternative se transforme par là en une obligation pure et simple : il y a donc renonciation au choix.

teur a pareillement le choix : ainsi le vendeur qui vend plusieurs choses sous une alternative (l); l'acheteur, qui promet en retour de l'objet vendu plusieurs prestations alternatives (m); la femme, qui promet une dot (n); le mari, qui s'engage à restituer la dot sous une forme alternative (o).

Le droit de choisir peut aussi être accordé au créancier par convention. Alors, les termes de cette convention fixent le point de savoir si la déclaration de volonté une fois exprimée doit enchaîner le créancier; sinon il peut, lui aussi, modifier son choix; il n'est lié que quand il a intenté l'action (p).

B. Formation par testament.

En appliquant aux legs le principe que nous venons de développer à propos des contrats, nous arrivons, pour le très-ancien droit, à la distinction suivante. Le legs alternatif *per vindicationem* conférait le choix au légataire, le legs *per damnationem* à l'héritier : car, par le premier, le tes-

(l) L. 25 pr., L. 34, § 6, L. 60 de contr. emt. (18, 1).

(m) L. 21 § 6 de act. emt. (19, 1).

(n) L. 46 § 1 de j. dot. (23, 3).

(o) L. 10 § 6 de j. dot. (23, 3).

(p) L. 112 pr., L. 75 § 8 de V. O. (45, 1), L. 6 § 1 ad Sc. Tert. (38, 17), L. 34 § 6 de contr. emt. (18, 1). Par là s'expliquent les derniers mots de la L. 138 § 1 de V. O. (note g) : « quia diversa

causa est voluntatis expressæ, et ejus quæ inest. » Quand la faculté de choisir est attribuée par la convention, par exemple au créancier, l'exercice de ce droit peut être enchaîné à la déclaration de volonté une fois faite; chez le débiteur cette faculté a sa base dans une règle de droit générale, qui ne contient aucune restriction de cette nature.

tateur avait accordé au légataire la faculté d'agir librement (par revendication), et toute indétermination laissée dans ce legs, à dessein et en connaissance de cause, devait étendre d'elle-même la liberté du légataire, et tourner à son avantage (p').

A l'inverse, le legs *per damnationem* imposait à l'héritier une activité indéterminée dans laquelle il puisait la faculté de choisir, précisément, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, à propos de la dette qui prend naissance dans un contrat.

Aussi, cette distinction s'appliquait-elle en fait, comme l'atteste Ulpien (q). Elle est même en si parfaite concordance avec un certain nombre de textes du Digeste, qu'on pourrait croire que Justinien a conservé intactes les anciennes formes de legs (r). Mais, en réalité, il n'en est rien; car

(p') Ce motif est très-clairement exprimé dans un texte, qui se rapportait originairement à un legs de revendication. L. 108 § 2 de leg. 1 (30 un.). « Respondi, verius esse, electionem ejus esse, cui potestas sit, qua actione uti velit, id est legatarii. »

(q) Ulp i e n, tit. 24 § 14. Le texte est non-seulement très-altéré, mais il a encore été interpolé au seizième siècle : même dans cet état, il laisse à peine un doute sur son contenu véritable (Cf. S a v i g n y, vermischte Schriften (Mélanges), t. 3, p. 53, 63-65). Il faut le lire de cette manière, ainsi que cela a déjà été proposé en partie par d'autres auteurs : Optione autem legati

per vindicationem data, legatarii electio est, veluti : *hominem optato, eligito*. Idemque est, etsi tacite legaverim optionem. At si ita : *heres meus damnas esto hominem dare*, heredis electio est, quem velit dare. — Au premier abord, ce legs ne paraît pas alternatif; il semble être un legs de genre, c'est-à-dire portant sur un esclave quelconque. Mais en fait il n'avait jamais pour objet que les esclaves qui se trouvaient dans l'hérédité (L. 65 pr., L. 71 pr. de leg. 1). Il ne donnait donc toujours qu'un choix à faire entre un nombre déterminé d'esclaves bien distincts.

(r) Legs per vindicationem : L. 34 § 14, L. 108 § 2 de leg. 1 (30

Justinien a assimilé tous les legs, sans distinction des expressions employées, en ce sens que le légataire doit toujours obtenir le droit le plus avantageux possible (c'est-à-dire le droit d'un ancien legs de revendication) (s). Il en résulte que, dans un legs alternatif, il faut toujours donner au légataire le droit de choisir, à moins que le testateur n'ait laissé expressément le choix à l'héritier, et ce résultat forcé est reconnu même dans les Institutes (t).

Aussi doit-on interpréter les textes du Digeste cités plus haut dans le sens de la législation de Justinien, c'est-à-dire que ceux qui parlaient originellement d'un legs *per damnationem*, doivent se référer maintenant au cas exceptionnel dans lequel le testateur a laissé le choix à l'héritier (u).

un.), L. 19, 23 de leg. 2 (31 un.).
— Legs *per damnationem*, L. 84
§ 9 de leg. 1 (30, un.), L. 19, L. 11
§ 1 de leg. 2 (31 un.).

(s) L. 1 C. comm. de leg. (6, 43), § 2 J. de leg. (2, 20).

(t) § 22 J. de leg. (2, 20). La preuve que ces textes doivent se rapporter à un legs alternatif, et non à un legs de genre, résulte des motifs que nous avons déjà fait valoir à propos du texte d'Ulpien (note q).

(u) Le *optionis legatum* différait du legs *per vindicationem* ordinaire, en ce que le légataire de-

vait exercer son choix par une déclaration de volonté exprimée dans une forme spéciale. Cette particularité a été supprimée par Justinien, § 23 J. de leg. (2, 20). C'est sur l'ancienne distinction de ces deux cas que porte le texte d'Ulpien (note q); dans les deux cas le légataire avait le choix. Cf. L. 2 pr. § 1 de opt. (33, 5), texte qui concorde parfaitement avec celui d'Ulpien, cité plus haut, et qui peut à la fois servir à l'expliquer et à y rétablir les expressions primitives.

C. Formation par une règle générale de droit.

Dans cette catégorie se placent les cas qui suivent :

1^o Quand un commodataire ou un locataire perd par dol ou faute la chose qui lui avait été confiée, ce fait l'oblige à payer une indemnité au propriétaire ; mais quand le propriétaire recouvre ensuite la chose, celui qui a payé doit obtenir ou l'argent qu'il a versé ou la chose : autrement le propriétaire s'enrichirait sans cause : ici l'action vient du contrat (v). Laquelle des deux parties a le choix ? La même question s'élève quand, durant un procès sur la propriété, le possesseur perd la possession par dol ou faute, paie une indemnité au propriétaire demandeur, et que le propriétaire recouvre la chose.

Dans tous ces cas, il faut accorder le choix à celui qui a payé la somme : car l'adversaire est complètement désintéressé par l'indemnité qu'il a reçue. La nécessité de recevoir la chose ne peut pas être imposée à celui qui a payé contre son gré ; car il peut, dans tous les cas, répéter, par une *condictio sine causa*, la somme qu'il a comptée (w).

(v) L. 17 § 5 comm. (13, 6), L. 2 de cond. sine causa (12, 7).

(w) L. 2 de cond. sine causa (12, 7).

Si, au contraire, il préfère la chose, on ne peut pas la lui refuser; car l'indemnité qu'il a payée tient lieu de prix de vente (x): ce qui fait que celui qui a versé la somme acquiert, soit immédiatement la propriété, soit le droit à l'obtenir, et, dans ce but, le droit de se faire céder la revendication de son adversaire contre tout tiers possesseur (y).

2. Quand une chose est vendue pour un prix inférieur à la moitié de sa valeur réelle, le vendeur peut agir en rescision du contrat et en répétition de la chose. Mais l'acheteur a le choix de rendre la chose ou de compléter la valeur totale comme prix de vente, et par là de maintenir intact le contrat (z)¹.

3. Quand quelqu'un enterre, sans en avoir le droit, un mort dans le fonds d'autrui, il a le choix ou de reprendre le cadavre, ou de payer la valeur du sol consacré à la sépulture (aa).

Outre le droit même de choisir, il faut encore avoir égard aux règles spéciales qui suivent :

(x) L. 1, 3 *pro emt.* (41, 4).
 (y) L. 5 § 1 *comm.* (13, 6), L. 46, 47, 63 *de rei vind.* (6, 1). Le dernier de ces textes dit expressément que celui qui a payé, et qui désire la chose même, ne peut

être forcé de se contenter de la restitution de l'argent qu'il a versé.

(z) L. 2, 8 *C. de resc. vend.* (4, 43).

(aa) L. 7 *pr. de relig.* (11, 7).

¹ Comp. art. 1681, C. Nap.

Toute faculté de choisir passe aux héritiers de celui qui avait le droit de le faire (*bb*), et même au cessionnaire du droit : car c'est au droit qu'est attachée la faculté de choisir (*cc*).

Quand l'une d'entre plusieurs prestations, dues sous une alternative, est dès l'origine impossible ou devient telle postérieurement par la perte fortuite d'une des choses (*dd*), cette prestation impossible n'est plus comprise dans l'obligation; elle ne peut plus faire l'objet du choix. Si donc l'obligation ne portait que sur deux prestations alternatives, elle se transforme en une obligation pure et simple, et la faculté de choisir disparaît, sans distinguer d'ailleurs quelle était celle des parties qui aurait pu en jouir sans cette circonstance (*ee*).

Si le débiteur qui avait le droit de choisir considère, par erreur, l'une des prestations comme étant l'objet d'une dette pure et simple, et que, sous l'empire de cette erreur, il n'use pas de son droit, il peut, selon quelques jurisconsultes, répéter ce qu'il a payé par la *condictio indebiti*, pour

(*bb*) L. 76 *pr. de V. O.* (45, 1). L'opinion contraire de quelques auteurs se fonde simplement sur l'ambiguïté apparente de l'expression : « *hæc electio personalis est.* »

(*cc*) Vangerow, p. 19, 20.

(*dd*) Sur l'influence modificatrice du dol et de la faute comme

causes de la perte. cf. Vangerow, p. 23 et suivant.

(*ee*) L. 34 § 6 *de contr. emt.* (18, 1), L. 10 § 6 *de j. dot.* (23, 3), L. 47 § 3 *de leg. 1* (30 *un.*), L. 2 § 4 *de eo quod certo loco* (13, 4), L. 9 § 2 *de fundo dot.* (23, 5), L. 5 § 2 *qui et a quib.* (40, 9), L. 128 *de V. O.* (45, 1).

Tournir en échange l'autre prestation ; d'autres jurisconsultes lui refusent ce droit. De même si, par erreur, il paie les deux objets (cas dans lequel il doit certainement recouvrer l'un des deux), certains jurisconsultes lui accordent encore le choix : d'autres le lui refusent (*ff*). Justinien a porté une décision générale à l'avantage du débiteur (*gg*).

Dans l'ancien droit, le créancier d'une dette alternative, qui réclamait purement et simplement l'une des prestations, perdait toute sa créance : c'était une conséquence du *plus petere*, qui a disparu dans le dernier état du droit (*hh*).

L'obligation alternative est rangée parmi les obligations indivisibles. Nous avons déjà exposé plus haut (§ 32) en quel sens il faut entendre cette idée.

Le Landrecht (droit national) prussien a maintenu, comme règle dans l'obligation alternative, la faculté de choisir accordée au débiteur (*ii*).

(*ff*) Pour le débiteur : L. 32 § 3 de cond. ind. (12, 6). — Contre le débiteur : L. 27 § 13 de cond. ind. (12, 6). L. 19 de leg. 2 (31 un.).

(*gg*) L. 10 C. de cond. ind. (4, 5).

(*hh*) § 33 J de act. (4, 6). — L. 46 § 1 de j dot. (23, 3), mentionne

pour un cas de ce genre une exception unique, c'est-à-dire la non-déchéance du droit. Cela paraît bien être une interpolation.

(*ii*) A. L. R., part. 1, tit. 5, § 274. Cf. Koch, Forderungen (Droits de créance), I § 5, Koch, Lehrbuch (Manuel), II § 455.

Mais il a restreint cette règle par deux exceptions. Quant un contrat de vente porte sur l'une d'entre plusieurs choses, et qu'on a laissé dans l'indétermination le droit de choisir, c'est l'acheteur qui a ce droit (*kk*). En outre, quand un droit seigneurial porte sur une prestation alternative de services ou d'argent, c'est le seigneur, c'est-à-dire le créancier, qui a le choix (*ll*).

§ 39.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DÉTERMINÉES ET INDÉTERMINÉES. PRESTATIONS DE GENRE. QUANTITÉS.

B. Obligations de genre.

L'expression juridique *genus* indique, non pas toute une classe de choses, qui, comme telle, ne peut jamais être l'objet d'un rapport de droit, mais bien une chose isolée, qui, au lieu d'être déterminée individuellement, l'est seulement d'après son caractère générique. Quand un *genus*, pris dans cette acception, forme l'objet d'une obligation, et que l'individualité de ce *genus* n'est indi-

(*kk*) A. L. R., I., 11 § 38. Le droit romain donne le choix au

vendeur (V. plus haut note *l*).
(*ll*) A. L. R., II, 7, § 424.

quée que d'une manière indéterminée, comme faisant partie de telle ou telle classe (a), ce cas rentre dans ceux qu'on laisse à dessein dans une détermination imparfaite (§ 38).

Il présente une assez grande analogie avec celui de l'obligation alternative. Si une obligation de genre prend naissance dans un contrat, c'est le débiteur qui a le droit de choisir la chose, comme dans l'obligation alternative; s'il paie une chose dans la fausse croyance qu'il était obligé de donner cette chose même, il peut la répéter par la *condictio indebiti* (b).

Une obligation de genre peut aussi être créée par un legs. Sans doute, la plupart des textes, qui semblent parler d'un legs de genre, n'appartiennent pas à cette hypothèse, mais à celle du legs alternatif: car ils ne se rapportent qu'au choix à faire entre des choses individuellement distinctes de la classe indiquée, et faisant partie de la succession (§ 38, q, t.). Mais on peut aussi concevoir un pur legs de genre, quand, par exemple, le testateur, qui n'a pas de chevaux,

(a) Sur la notion du *genus*, cf. L. 54 pr. de V. O. (45, 1). L'idée opposée est *species*, une chose individuellement déterminée.

(b) L. 32 § 3 de cond. ind. (12, 6). — Le A. L. R. prussien, I, 5, § 275, décide qu'il faut donner une chose d'une bonté moyenne¹,

¹ Cf. art. 1022, C. Nap.

charge son héritier d'acheter un cheval pour le donner au légataire.

L'obligation de genre est, comme l'obligation alternative, rangée parmi les obligations indivisibles, et nous avons déjà montré plus haut (§ 32) en quel sens il faut entendre ce principe.

C. Quantités.

Nous appelons quantités des choses qui, renfermées dans les limites d'une classe déterminée, n'ont aucune valeur individuelle, si bien que, pour elles, toute la valeur ne se détermine que par le nombre, la mesure ou le poids; c'est pourquoi il est absolument indifférent de distinguer les choses individuellement (c).

Quand ces quantités constituent l'objet d'obligations, on peut les considérer à deux points de vue. On peut avoir égard, soit au rapport des parties individuelles vis-à-vis de l'espèce elle-même, soit à la qualité de cette espèce.

La première manière de les considérer est en droit indifférente; car ces choses, d'après leur na-

(c) L. 2 § 1 de *reb. cred.* (12. 1), *pr. J. quib. modis re* (3. 14). — Cf. Savigny, *Système*, t. 6, § 258, p. 122, 123 (p. 125, 126 trad.). — Les modernes emploient très-souvent l'expression non latine: *res fungibilis*. — L'idée opposée est *corpus* ou *species*

(chose d'une valeur individuelle). — Idées analogues, mais non identiques: choses qui se consomment par l'usage (physiquement ou juridiquement). § 2 *J. de usufr.* (2. 4); choses dont l'individualité n'est pas reconnaissable.

ture, n'ont pas de valeur individuelle, et ne se distinguent pas les unes des autres. Sous cette première face donc, on ne peut dire que l'obligation ait le caractère d'une obligation indéterminée.

La seconde manière de les considérer peut, au contraire, présenter de l'importance : car l'espèce elle-même (froment, vin, etc.) peut offrir d'énormes différences sous le rapport de la bonté et de la valeur pécuniaire. A ce point de vue, il n'est plus question de la quantité comme telle, mais bien d'une pure obligation de genre. Les décisions données sur ce point dans nos sources de droit peuvent donc servir également à confirmer et à compléter les règles que nous avons déjà posées sur les obligations de genre.

Ici on reconnaît également que le débiteur peut choisir parmi les diverses espèces de la classe qu'il doit (d), en ajoutant cette observation capitale, qu'il est autorisé à choisir même une chose de la pire espèce (e).

Ces principes sont énoncés à propos des stipulations pures. Mais ils peuvent recevoir des modifications, déterminées aussi bien par les circonstances particulières et les expressions du contrat

(d) *L. 99 pr. de V. O.* (45, 1).

(e) *L. 25 mandati* (17, 1).

dont il s'agit dans le cas spécial, que par la nature générale de certains contrats. Ainsi, dans le prêt, le débiteur doit rendre une quantité de même qualité que celle qu'il avait primitivement reçue (*f*).

L'idée de quantité, comme objet d'une obligation, peut s'appliquer non-seulement à des choses (c'est-à-dire à une dation), mais même à un certain travail (à un fait). Il s'agit précisément de savoir, dans chaque hypothèse particulière, si, au moment de la création de l'obligation, le travail a été considéré comme un fait tout individuel (par exemple, un ouvrage d'art), ou, au contraire, si on l'a considéré comme pouvant être exécuté indifféremment par toute personne, et comme pouvant s'estimer au nombre, à la mesure ou au poids (*g*). Pour savoir si telle était l'intention des parties, on pourra, entre autres considérations, l'induire de la transmissibilité, ou de l'intransmissibilité de l'obligation aux héritiers (*h*).

Parmi les quantités, il y en a une qui dépasse

(*f*) *L. 3 de reb. cred.* (12, 1).
 (*g*) *L. 31 de solut.* (46, 3), *L. 26 § 12 de cond. ind.* (12, 6), *L. 5 de duob. reis* (45, 2).
 (*h*) *L. 15 C. de contr. stip.* (8, 38). Dans le cas ici mentionné, on

n'avait évidemment pas en vue le travail personnel de l'entrepreneur, mais l'exécution de l'ouvrage qu'il devait faire en fournissant les matériaux et en prenant à son compte les ouvriers.

de beaucoup en importance toutes les autres : l'argent. Il va donc, comme objet possible des obligations, être soumis à une étude toute spéciale.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE

DES MATIÈRES DU TOME PREMIER.

	Pages.
Préface des Traducteurs.	v
Préface de l'Auteur.	1
§ 1. Introduction.	3
CHAPITRE PREMIER. NATURE DES OBLIGATIONS.	
I. Idée de l'obligation.	
§ 2. Idée de l'obligation.	6
§ 3. Suite. Expressions techniques.	13
§ 4. Suite. Analogies.	18
II. DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.	
§ 5. <i>Civilis et naturalis obligatio</i> . Idée.	26
§ 6. Suite.	33
§ 7. Suite.	39
§ 8. <i>Civilis et naturalis obligatio</i> . Effets de la <i>naturalis</i>	51
§ 9. <i>Civilis et naturalis obligatio</i> . Cas isolés de la <i>naturalis</i>	59
§ 10. Suite.	67
§ 11. Suite.	88
§ 12. Suite.	111
§ 13. Suite.	121
§ 14. <i>Civilis et naturalis obligatio</i> . Droit moderne.	136

III. PERSONNES PARTIES DANS L'OBLIGATION.

§ 15. Personnes. A. Détermination des personnes.	145
§ 16. Personnes. B. Pluralité de personnes. Obligation corréale. Introduction.	150
§ 17. Personnes. B. Obligation corréale. Sources.	158
§ 18. Personnes. B. Obligation corréale. Effets.	176
§ 19. Suite.	198
§ 20. Personnes. B. Obligation corréale. Cas improprement dits.	217
§ 21. Suite.	230
§ 22. Personnes. B. Obligation corréale. Signification pratique.	238
§ 23. Personnes. B. Obligation corréale. Recours.	250
§ 24. Suite.	278
§ 25. Suite.	296
§ 26. Personnes. B. Obligation corréale. Nouvelle 99.	308
§ 27. Personnes. B. Obligation corréale. Droit actuel.	316

IV. OBJET DE L'OBLIGATION.

§ 28. Prestations positives, négatives, instantanées, continues.	326
§ 29. Prestations divisibles et indivisibles.	336
§ 30. Suite.	343
§ 31. Suite.	354
§ 32. Suite.	364
§ 33. Suite.	386
§ 34. Suite.	394
§ 35. Suite.	407
§ 36. Suite.	414
§ 37. Prestations possibles et impossibles.	422
§ 38. Prestations déterminées et indéterminées; prestations al- ternatives.	427
§ 39. Prestations déterminées et indéterminées; prestations de genre. Quantités.	440

FIN DE LA TABLE DU TOME PREMIER.

575598

LIBRAIRIE D'ERNEST THORIN.

REVUE DE LÉGISLATION FRANÇAISE ET ÉTRANGÈRE

Publiée sous la direction de MM.

Edouard LABOULAYE,

Membre de l'Institut, professeur de législation comparée au collège de France,

EUGÈNE DE ROZIERE,

Membre de l'Institut, inspecteur général
des Archives.

PAUL GIDE,

Professeur à la Faculté de droit de Paris.

RODOLPHE DARESTE,

Avocat au conseil d'Etat et à la Cour de
cassation.

GUSTAVE BOISSONADE,

Agrégé à la Faculté de droit de Paris.

PRIX D'ABONNEMENT :

12 fr. pour la France ; pour l'Etranger, les frais de poste en sus.

*N. B. La Revue paraît régulièrement tous les deux mois par livraison de 6 à 7
feuilles in-8°.*

RÉPÉTITIONS ÉCRITES SUR LE DROIT ROMAIN, par Léopold THÉZARD,
professeur à la Faculté de droit de Poitiers, 2^e édition, refondue
et considérablement augmentée. 1 beau vol. in-18 Jésus. 5 »

ESSAI SUR LE DROIT PUBLIC D'ATHÈNES, par Georges PERROT, maître
de conférences à l'Ecole normale supérieure. 1 vol. in-8°. 6 »
Ouvrage couronné par l'Académie française.

TRAITE DE LA PROCÉDURE CRIMINELLE en Angleterre, en Ecosse et
dans l'Amérique du Nord, envisagée dans l'ensemble de ses rap-
ports avec les institutions civiles et politiques de ces pays, et dans
les détails pratiques de son organisation, par MITTERMAIER, profes-
seur à l'Université de Heidelberg, augmenté des additions de l'au-
teur, traduit de l'allemand par A. Chauffard, juge au tribunal
d'Albi. 1 fort vol. in-8°. 9 »

DE LA PROCÉDURE CIVILE ET DES ACTIONS chez les Romains, par
F.-L. DE KELLER, professeur à l'Université de Berlin ; traduit de
l'allemand et précédé d'une introduction par Charles Capmas, pro-
fesseur à la faculté de droit de Dijon. 1 beau vol. in-8°. 9 »

COURS DE DROIT ADMINISTRATIF, contenant l'exposé des principes,
le résumé de la législation administrative dans son dernier état,
l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre
méthodique, par M. Th. DUCROCQ, professeur de droit administratif
à la Faculté de droit de Poitiers, etc. 3^e édition très-augmentée, mise
au courant de la doctrine, de la jurisprudence, de la statistique,
des programmes pour les concours à l'auditorat, au conseil d'Etat
et à la cour des comptes, pour ceux du ministère de l'intérieur,
du ministère des finances, de l'administration de l'enregistrement,
des domaines et du timbre, etc. 1 très-beau vol. in-8°. 10 »

COURS ÉLÉMENTAIRE DE DROIT NATUREL ou de philosophie du droit
selon les principes de Rosmini, par Alphonse BOISREL, agrégé à
la faculté de droit de Paris. 1 vol. in-8°. 7 50

ETUDE SUR LA CONDITION PRIVÉE DE LA FEMME dans le droit an-
cien et moderne, et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien,
par Paul GIDE, professeur à la faculté de droit de Paris. 1 fort. vol.
grand in-8°. 8 »

Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques.

DU CARACTÈRE DE LA DOT EN DROIT ROMAIN, par le même. In-8°. 2 »
Extrait de la Revue de législation française et étrangère.

DE LA TRANSACTION EN DROIT ROMAIN, par J. P. VIARDOT. Grand
in-8°. 4 50



